



**UNIVERSITA' DI PISA**

**Dipartimento di Giurisprudenza**

**Corso di laurea in Giurisprudenza**

**Tesi di laurea**

**IL CONTRADDITTORIO DELLE PARTI RISPETTO  
ALL'INIZIATIVA DEL GIUDICE NEL PROCESSO CIVILE A  
COGNIZIONE PIENA**

**Il candidato:  
Alessio Ceccanti**

**Il relatore:  
Chiar.mo Prof. Claudio Cecchella**

**ANNO ACCADEMICO 2012/2013**

## Indice:

<b>Premessa.....</b>	<b>Pag. 10</b>
----------------------	----------------

### **PARTE I**

## **IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO: SVILUPPI STORICI E GARANZIE COSTITUZIONALI.**

<u>CAPITOLO 1) CENNI SUGLI SVILUPPI STORICI DEL CONTRADDITTORIO DAL MEDIOEVO AL C.P.C. DEL '42.....</u>	<u>Pag. 13</u>
---	----------------

- 1. L'età medioevale.*
- 2. La tesi giusnaturalistica classica.*
- 3. La tesi giusnaturalistica moderna e la progressiva linea decadenziale del contraddittorio.*
- 4. L'art. 38 del c.p.c del 1865 e la svalutazione del contraddittorio negli anni '30.*
- 5. Il passaggio all' art. 101 c.p.c. del 1942 secondo la sua "interpretazione tradizionale".*
- 6. La rivalutazione del contraddittorio nei primi anni del secondo dopoguerra.*

<u>CAPITOLO 2) LE GARANZIE COSTITUZIONALI DEL CONTRADDITTORIO E L'IMPATTO DELLA RIFORMA DEL "GIUSTO PROCESSO" SUI GIUDIZI DI "TERZA VIA".....</u>	<u>Pag. 26</u>
---	----------------

- 1. Il principio del contraddittorio ex art. 101 comma 1° c.p.c. secondo la sua interpretazione "costituzionalmente orientata".*
- 2. La realizzazione posticipata ed eventuale del contraddittorio.*
- 3. La centralità nel processo del contraddittorio come strumento di ricerca della verità dei fatti con la partecipazione delle parti.*
- 4. Il contraddittorio alla luce della riforma costituzionale sul "giusto processo".*

5. Il “giusto processo” come presupposto al divieto dei giudizi di “terza via”: la teoria garantista.
6. La contrapposizione della teoria sostanzialista.
7. Una soluzione alternativa: il modello strumentale di giustizia procedurale.
8. Le novelle del 2006 e del 2009: l’ art. 384 comma 3° e l’art. 101 comma 2° c.p.c.

## **PARTE II**

### **IL CONTRADDITTORIO DELLE PARTI RISPETTO ALL'INIZIATIVA DEL GIUDICE NELLA FASE PROCESSUALE ISTRUTTORIA.**

#### CAPITOLO 1) I POTERI DEL GIUDICE: QUESTIONI ED ECCEZIONI RILEVABILI D'UFFICIO.....Pag. 53

1. Le questioni rilevabili d'ufficio.
2. Le questioni di fatto rilevabili d'ufficio e la tematica dei fatti avventizi.
3. Le questioni di diritto rilevabili d'ufficio.
4. Le questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito rilevabili d'ufficio.
5. Le eccezioni rilevabili d'ufficio.
6. La distinzione tra questioni rilevabili d'ufficio ed eccezioni rilevabili d'ufficio.
7. La distinzione tra eccezioni rilevabili d'ufficio (eccezioni in senso lato) ed eccezioni rilevabili dalle parti (eccezioni in senso stretto) nell'interpretazione dottrinale.
8. Segue. La distinzione tra eccezioni rilevabili d'ufficio (eccezioni in senso lato) ed eccezioni rilevabili dalle parti (eccezioni in senso stretto) nell'applicazione giurisprudenziale.
9. Segue. Le incertezze sulla classificazione delle eccezioni dalla rilevanza non predeterminata dal legislatore.
10. Le eccezioni rilevabili d'ufficio nel processo di appello.

CAPITOLO 2) IL CONTRADDITTORIO DELLE PARTI RISPETTO ALL'INIZIATIVA DEL GIUDICE NELLA FASE ISTRUTTORIA DEL PROCESSO ORDINARIO DI COGNIZIONE (E CONTROVERSIE REGOLATE SECONDO IL MODELLO DEL PROCESSO ORDINARIO DI COGNIZIONE).....Pag. 79

1. Il dovere di collaborazione del giudice con le parti ex art. 183 comma 4° c.p.c..
2. Segue. La richiesta dei chiarimenti alle parti ex art. 183 comma 4° c.p.c..
3. Segue. L'indicazione alle parti delle questioni rilevabili d'ufficio ex art. 183 comma 4° c.p.c..
4. Il contraddittorio delle parti verso le questioni di giurisdizione, competenza, litispendenza, continenza e connessione, rilevabili d'ufficio, ex artt. 37, 38 comma 3°, 39 e 40 comma 2° c.p.c..
5. L'art. 183 comma 4° c.p.c. alla luce del nuovo art. 101 comma 2° c.p.c. e del principio del "giusto processo".
6. La rilevazione di questioni officiose dopo la trattazione e il rispetto del contraddittorio.
7. Il contraddittorio delle parti rispetto alla rilevazione officiosa di una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito nella disciplina ex art. 187 comma 2° e 3° c.p.c..
8. Il contraddittorio delle parti verso le prove ammesse d'ufficio ex art. 183 comma 8° c.p.c..
9. Segue. "Alcune questioni" connesse alla pratica applicazione dell'art. 183 comma 8° c.p.c..
10. Segue. Il termine ex art. 183 comma 8° c.p.c. determinato in base ad un "dies a quo mobile".
11. Il libero interrogatorio delle parti disposto dal giudice ex art. 183 comma 9° c.p.c..
12. I mezzi di prova ammissibili d'ufficio.
13. Segue. Il contraddittorio delle parti nella C.T.U..
14. Segue. La modifica dell'art. 195 comma 3° c.p.c., con la legge 69/2009.
15. La dibattuta questione delle prove atipiche e della loro ammissibilità officiosa.
16. Il contraddittorio delle parti verso le nuove prove ammesse d'ufficio nel processo di appello ex art. 345 c.p.c..

**17.** *Il contraddittorio delle parti rispetto all'iniziativa del giudice nella fase istruttoria a cognizione piena dei processi di separazione e divorzio.*

**18.** *Segue. ...E nella fase istruttoria a cognizione piena del rito possessorio.*

**CAPITOLO 3) IL CONTRADDITTORIO DELLE PARTI RISPETTO ALL'INIZIATIVA DEL GIUDICE NELLA FASE ISTRUTTORIA DEL PROCESSO DEL LAVORO (E CONTROVERSIE REGOLATE SECONDO IL MODELLO DEL PROCESSO DEL LAVORO).**.....Pag. 142

**1.** *Il dovere di collaborazione del giudice: l'indicazione alle parti delle questioni di giurisdizione, di competenza e di rito, rilevabili d'ufficio e la loro trattazione.*

**2.** *Segue. Il contraddittorio delle parti rispetto alla rilevazione officiosa di una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito nella disciplina ex art. 420 comma 4° c.p.c..*

**3.** *Segue. Il contraddittorio delle parti rispetto al rilievo officioso di una questione pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi ex art. 420 bis c.p.c..*

**4.** *L'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio e il contraddittorio delle parti in sede di interrogatorio libero.*

**5.** *I poteri istruttori officiosi ex art. 421 comma 2° c.p.c.: dovere o discrezionalità insindacabile nell'esercizio del potere.*

**6.** *Segue. I limiti di applicabilità del potere officioso.*

**7.** *Segue. Decadenze e preclusioni delle parti e poteri del giudice.*

**8.** *Segue. La tipicità della prova nel potere istruttorio officioso.*

**9.** *Segue. Il superamento dei limiti stabiliti dal codice civile.*

**10.** *L'ammissione di prove officiose ex art. 420 comma 5° c.p.c..*

**11.** *Il contraddittorio delle parti verso le prove ammesse d'ufficio.*

**12.** *La prova testimoniale ammissibile d'ufficio e il contraddittorio delle parti.*

**13.** *Segue. Gli altri mezzi di prova ammissibili d'ufficio.*

**14.** *L' "apertura" del giudizio di appello alle eventuali violazioni del giudice di primo grado del dovere di instaurazione del contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio poste a fondamento della decisione.*

*15. I poteri istruttori officiosi in appello ex art. 437 comma 2° c.p.c. e il contraddittorio delle parti verso le nuove prove ammesse d'ufficio.*

CAPITOLO 4) IL CONTRADDITTORIO DELLE PARTI RISPETTO ALL'INIZIATIVA DEL GIUDICE NELLA FASE ISTRUTTORIA DEL PROCESSO SOMMARIO DI COGNIZIONE EX ART. 702BIS E SS. (E CONTROVERSIE REGOLATE SECONDO IL MODELLO DEL PROCESSO SOMMARIO DI COGNIZIONE).....Pag. 181

- 1. La controversa natura del processo sommario di cognizione.*
- 2. Il contraddittorio delle parti verso le questioni rilevate d'ufficio.*
- 3. Il contraddittorio delle parti verso le prove ammesse d'ufficio.*
- 4. Il contraddittorio delle parti verso le nuove prove ammesse d'ufficio nel processo di appello.*

### **PARTE III**

## **IL CONTRADDITTORIO DELLE PARTI RISPETTO ALL'INIZIATIVA DEL GIUDICE NELLA FASE PROCESSUALE DECISORIA.**

CAPITOLO 1) LA NOVELLA DEL 2006 (D.LGS. 40/2006): L'INTRODUZIONE DEL 3° COMMA DELL' ART. 384 C.P.C. E IL CONTRADDITTORIO DELLE PARTI RISPETTO ALL' INIZIATIVA DEL GIUDICE NEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE.....Pag. 187

- 1. Il divieto dei nova in cassazione.*
- 2. L'eccezionale ammissibilità di questioni rilevabili in ogni stato e grado del processo.*
- 3. Poteri cognitivi officiosi e contraddittorio delle parti ex art. 384 comma 3° c.p.c..*
- 4. La riserva di decisione dell' art. 384 comma 3° c.p.c..*
- 5. La questione rilevata d'ufficio e la rilevazione del p.m..*
- 6. La rilevazione della parte in memoria.*
- 7. La modalità di riserva della decisione.*

**8. La violazione della norma.**

**9. L'applicazione dell'art. 384 comma 3° alla luce del nuovo art. 101 comma 2° c.p.c..**

**10. Considerazioni critiche riguardo l'art. 384 comma 3° c.p.c..**

CAPITOLO 2) LA NOVELLA DEL 2009 (L. 69/2009):  
L'INTRODUZIONE DEL 2° COMMA DELL'ART. 101 C.P.C.....Pag. 210

**1. Il contraddittorio delle parti rispetto all'iniziativa del giudice nel disegno di legge Mastella.**

**2. Il principio del contraddittorio e il nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c..**

**3. L'obbligo del giudice di indicare le questioni rilevabili d'ufficio.**

**4. La questione rilevata d'ufficio e la portata applicativa dell'obbligo.**

**5. Tempi e modi del rilievo officioso.**

**6. I poteri delle parti a seguito della segnalazione.**

**7. La collocazione sistematica dell'art. 101 comma 2° c.p.c come norma di chiusura e l'ipotesi di riapertura dello spazio difensivo ad ampiezza elastica**

**8. Le sanzioni e i rimedi. La nullità o la mera ingiustizia della sentenza.**

**9. Segue. Il meccanismo della nullità secondo le varie impostazioni interpretative.**

**10. Segue. La necessità o meno di un pregiudizio per il soccombente, per la configurabilità della nullità e i riflessi di questa sul giudizio di impugnazione.**

**11. La sanzione di nullità della sentenza come nullità formale o extraformale.**

**12. La posizione della giurisprudenza.**

**13. Segue. Una possibile composizione del contrasto giurisprudenziale (riguardo la necessità di un pregiudizio per il soccombente, per la configurabilità della nullità): la sent. Cass. 20935/2009 e le successive elaborazioni giurisprudenziali.**

**14. La violazione del contraddittorio in appello.**

**15. La violazione del contraddittorio in cassazione.**

**16. La violazione dei principi regolatori del "giusto processo" ex art. 360 bis c.p.c..**

**17. L'art. 101 comma 2° c.p.c. in relazione all'art. 115 comma 2° c.p.c..**

CAPITOLO 3) GLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI ANTECEDENTI ALLE RIFORME.....Pag. 272

**Sezione I:** Le sentenze della “terza via” e gli orientamenti della CEDU.....Pag. 273

**Sezione II:** L'orientamento giurisprudenziale “garantista”.....Pag. 278

1. La sentenza rivoluzionaria Cass. Civ. sez. I, 21 novembre 2001, n.14637.
2. Segue. Il contrasto tra Luiso e Chiarloni sulla portata innovatrice di tale pronuncia.
3. Le pronunce del 2005: Cass. Civ. Sez. III, 5 agosto 2005, n.16577; Cass. Civ. Sez. III, 31 ottobre 2005, n. 21108.
4. La critica di Consolo alla sent. Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108.
5. La sent. Cass. 9 giugno 2008, n. 15194.

**Sezione III:** L'orientamento giurisprudenziale “sostanzialista”.....Pag. 290

1. Le pronunce Cass. 29 aprile 1982, n. 2712; Cass. 18 aprile 1998, n. 3940. Cass. 21 maggio 2001, n. 6890; Cass. 5 giugno 2003, n. 8993; Cass. 28 gennaio 2004, n. 1572.
2. Le pronunce del 2005: Cass. 27 luglio 2005, n. 15705; Cass. 13 settembre 2005, n. 18128.
3. Il contrasto tra la pronuncia Cass. 27 luglio, n. 15705 (orientamento sostanzialista) e la pronuncia Cass. 5 agosto 2005, n. 16577 (orientamento garantista).
4. Segue. Il dibattito tra Ricci e Comoglio , sulle pronunce Cass. 27 luglio, n. 15705 e Cass. 5 agosto 2005, n. 16577.

CAPITOLO 4) GLI ORIENTAMENTI DOTTRINALI ANTECEDENTI ALLE RIFORME.....Pag.299

**Sezione I:** Cenni sugli orientamenti dottrinali in Francia, Germania e Austria.....Pag.300



**Sezione II: La teoria garantista (Grasso, Denti, Comoglio, Ferri, Montesano).**Pag. 302

1. Le elaborazioni di Grasso e Denti.
2. Le elaborazioni di Comoglio.
3. Segue. Il contrasto tra Denti e Ferri.
4. Le elaborazioni di Montesano.

**Sezione III: La teoria sostanzialista (Chiarloni, Ricci, Consolo).**.....Pag. 316

1. Le elaborazioni di Chiarloni.
2. Le elaborazioni di Ricci.
3. Le elaborazioni di Consolo.

**Sezione IV: La teoria intermedia (Luiso).**.....Pag. 321

1. Le elaborazioni di Luiso.

**CAPITOLO 5) LINEE GUIDA PER UNA ELABORAZIONE INTERPRETATIVA  
ALTERNATIVA: IL MODELLO STRUMENTALE DI GIUSTIZIA PROCEDURALE....**Pag. 323

1. Valutazioni critiche riguardo la teoria garantista e sostanzialista.
2. Il modello di giustizia procedurale strumentale come elaborazione interpretativa alternativa.
3. La complementarietà strutturale tra l'esercizio del diritto di difesa e l'esercizio dei poteri decisorio, nel quadro dell'attuazione del contraddittorio.
4. L'attribuzione al giudice del ruolo di parte attiva rispetto all'attuazione del contraddittorio e la strumentalità del contraddittorio rispetto alla corretta costruzione delle premesse della decisione.
5. I livelli di attuazione della garanzia del contraddittorio.
6. La sanzione di nullità secondo il modello strumentale di giustizia procedurale.

**Conclusioni.**.....Pag. 355

**Bibliografia.**.....Pag. 364

## **Premessa.**

La presente indagine illustra le modalità mediante le quali, alle parti, è riconosciuta nel processo civile a cognizione piena, la facoltà di contraddire all'iniziativa del giudice, dando particolare evidenza alle ultime riforme intervenute in materia.

La novella del 2006, relativamente all' art. 384 comma 3° c.p.c., investe il giudizio di cassazione, stabilendo che, nel caso in cui il giudice fondi la decisione su una questione rilevata d'ufficio, debba consentire il contraddittorio delle parti e del p.m. su tale rilievo officioso, assegnando loro un termine compreso tra i 20 e i 60 giorni, per il deposito di osservazioni in cancelleria relative alla medesima questione.

La novella del 2009, relativamente all' art. 101 comma 2° c.p.c., riproducendo quasi specularmente quanto previsto dall'art. 384 comma 3° c.p.c., oltre ad esser applicabile all'intero processo civile (poiché è contenuta nelle disposizioni generali del c.p.c.), prevede la sanzione della nullità del provvedimento, nel caso in cui il giudice non instauri il contraddittorio delle parti su una questione rilevata d'ufficio posta a fondamento della decisione, concedendo loro un termine compreso tra i 20 e i 40 giorni, per il deposito di memorie in cancelleria.

Dunque la previsione dell'art. 101 comma 2° c.p.c., con la sua portata innovativa rispetto al sistema previgente, giunge finalmente a codificare il divieto delle c.d. sentenze di “terza via”, per anni oggetto di accesi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, testimoniando che non vi è “processo giusto”, ove manchi un contraddittorio effettivo e dinamico, esteso all'intero processo e vincolante anche per chi giudica, confermando la centralità del contraddittorio nel nostro sistema processuale e la sua perdurante idoneità a consentire l'accertamento del vero.

Se finalmente l'annoso dibattito tra “obbligo” o “facoltà” per il giudice, di indicare le questioni rilevabili d'ufficio, appare definitivamente risolto e, altrettanto chiara pare per il legislatore la sanzione della nullità, residuano tuttavia dubbi sulla portata applicativa di tale obbligo, sui casi in cui debba essere effettivamente comminata la nullità e sui rimedi esperibili verso una sentenza di “terza via”, come analizzato in chiave critica nella presente indagine.

Il lavoro si organizza in 3 parti: nella prima dopo un breve *excursus* sull'evoluzione storica del contraddittorio dal medioevo ai nostri giorni, vengono esaminate le garanzie costituzionali del principio del contraddittorio con particolare attenzione alla riforma costituzionale sul "giusto processo", analizzando le principali opinioni dottrinali che in tale contesto sono emerse e le implicazioni che tale garanzia costituzionale pone in relazione alle sentenze di "terza via".

Nella seconda parte viene esaminato il contraddittorio delle parti rispetto all'iniziativa del giudice nella fase istruttoria del processo civile, illustrando le modalità procedurali con cui i contendenti possono replicare ai rilievi officiosi nell'istruttoria dei vari riti a cognizione piena, evidenziandone le varie peculiarità, ponendo particolare attenzione al rito ordinario e al rito del lavoro, senza trascurare le principali opinioni dottrinali e orientamenti giurisprudenziali che nel tempo, in tale contesto, si sono susseguiti.

La terza parte, infine, cura dettagliatamente la portata innovatrice delle riforme del 2006 e 2009 (relativamente agli artt. 384 comma 3° e 101 comma 2° c.p.c.) costituendo pertanto il punto di maggior rilievo della presente indagine, descrivendo il contraddittorio delle parti rispetto all'iniziativa del giudice nella fase decisoria del processo civile, analizzando il lungo percorso che dottrina e giurisprudenza hanno per molti anni affrontato con opinioni e decisioni spesso variegata e contrastanti, fino ad ispirare, nonostante la variopinta polifonia interpretativa, il legislatore nelle citate riforme del 2006 e 2009.

Nella stesura del presente lavoro, ho preso gradualmente coscienza dell'innegabile rilevanza del concetto di "giusto processo" e, in particolare, della continua ricerca delle modalità mediante le quali possa prodursi la decisione più "giusta" possibile, nel rispetto delle garanzie delle parti, anche attraverso il crescente dibattito dottrinale e giurisprudenziale, rappresentando un percorso costantemente in evoluzione e che ancora lunga strada dovrà compiere negli anni a seguire. La tematica affrontata da questo lavoro può dunque considerarsi emblematica dello sforzo ermeneutico che impegna giurisprudenza e dottrina nella ricerca della soluzione più coerente con i principi del "giusto processo", navigando in un sistema interpretativo talvolta oscuro ed imperfetto.

**PARTE I**  
**IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO: SVILUPPI STORICI E GARANZIE**  
**COSTITUZIONALI.**

CAPITOLO 1) CENNI SUGLI SVILUPPI STORICI DEL CONTRADDITTORIO DAL  
MEDIOEVO AL C.P.C. DEL '42.

**Sommario:** 1. L'età medioevale; 2. La tesi giusnaturalistica classica; 3. La tesi giusnaturalistica moderna e la progressiva linea decadenziale del contraddittorio; 4. L' art. 38 del c.p.c del 1865 e la svalutazione del contraddittorio negli anni '30; 5. Il passaggio all' art. 101 c.p.c. del 1942 secondo la sua "interpretazione tradizionale"; 6. La rivalutazione del contraddittorio nei primi anni del secondo dopoguerra.

**1. L'età medioevale.**

Il principio del contraddittorio, la cui essenza veniva riassunta nell'antico brocardo "*audiatur et altera pars*", ha costituito sin dalle elaborazioni medioevali il perno del processo, ovvero lo strumento più idoneo per la ricerca della verità nell' antitesi delle ragioni delle parti. La procedura medioevale si fondava sul contraddittorio e assumeva il nome di *ordo iudiciarius* (definito anche come ordine isonomico, ovvero la tessitura interna del processo medioevale<sup>1</sup>), che con il suo carattere pubblico argomentativo e giustificativo rappresentava un capitolo della retorica e dell' etica; a tale procedura veniva riconosciuta natura originaria ed in un certo senso extrastatuale, tanto che nessuno, neppure il papa poteva prescindere<sup>2</sup>. Fino all'età moderna, l'*ordo iudiciarius*, era considerato come la manifestazione di una ragione pratica e sociale consolidata nel tempo, grazie alle prassi di tribunali e dottrina, tendenti ad assicurare l'uguaglianza non solo tra le parti ma pure tra le parti e il giudice. Il tribunale poteva stabilire i modi del suo operare rispettando i principi comuni, ovvero l'*ordo substantialis*, che era appunto il perno della procedura medioevale, un complesso di regole che oggi riassumiamo nella formula del principio del contraddittorio e che costituisce una metodologia di ricerca della verità<sup>3</sup>. Tale metodologia si risolveva nell'*ars opponendi e respondendi*, regolamentando il dialogo in modo da assicurare reciprocità ed eguaglianza tra le

---

<sup>1</sup> GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico*, "Nuova retorica" e teoria del processo, in *Sociologia del dir.*, 1986, 81 e ss.

<sup>2</sup> PICARDI, "*Audiatur et altera pars*". Le matrici storico culturali del contraddittorio, in *Riv Trim. dir. Proc. Civ.*, 2003, 8.

<sup>3</sup> ID., "*Audiatur et altera pars*", *loc.cit.*.

parti<sup>4</sup>; il contraddittorio rappresentava lo strumento per la ricerca dialettica della verità probabile<sup>5</sup>. Inoltre secondo l'*ordo probationum* (fondato anch'esso sul contraddittorio), nessuna prova poteva essere posta a fondamento del giudizio, se non fosse stata preventivamente sottoposta a vaglio critico, perciò tale tipo di procedura costruita su una versione forte del contraddittorio è da considerarsi il modello puro di ordine isonomico.

## 2. La tesi giusnaturalistica classica.

Questo complesso sistema di garanzie si fondava sul principio che oggi chiamiamo contraddittorio, ma era per i giuristi dell'età di mezzo riconducibile ad un antico e fortunato aforisma giuridico "*audiatur et altera pars*", derivante a sua volta da una probabile e diretta rielaborazione di testi letterari latini, anche se la massima è verosimilmente greca<sup>6</sup>.

Il contraddittorio continuava ad avere la sua centralità nel processo pure al momento del passaggio dall'età medioevale a quella moderna. Grazie all'autorità di insigni giuristi del tempo come Roberto Maranta<sup>7</sup>, si è consolidata nel XV secolo la matrice giusnaturalistica della massima "*audiatur et altera pars*", e il contraddittorio è stato elevato a simbolo di diritti naturali e quindi considerato inderogabile. La Rota Romana recepì tale tesi giusnaturalistica tanto da divenire col peso reverenziale del tempo, l'implicito fondamento della cultura processualistica europea.

La tesi giusnaturalistica classica aveva però dei limiti di applicazione di queste regole sia da parte del giudice, che del principe (inteso come sovrano legislatore), dato che in presenza di *iura naturalia* era difficilmente configurabile un potere di deroga. Per porvi rimedio, già alla vigilia della codificazione processuale di Luigi XIV, seppur per settori specifici, iniziarono i primi interventi relativi all'*ordo iudiciarius*, codificando i primi modelli di processo sommario<sup>8</sup> destinati a

---

<sup>4</sup> ID., voce. *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enc. Dir.* XXXV, Milano, 1986, 115.

<sup>5</sup> ID., "*Audiatur et altera pars*", cit., 9.

<sup>6</sup> ID., "*Audiatur et altera pars*", cit., 10 e ss..

<sup>7</sup> Maranta è stato professore delle università di Salerno, di Sicilia e di Napoli. La sua morte risale al 1530.

<sup>8</sup> Riferimento alla Legislazione canonica e alla Clementina Saepe.

specifiche controversie, ma che comunque evolvevano in un rito alternativo a quello ordinario, altamente deformalizzato e semplificato.

### *3. La tesi giusnaturalistica moderna e la progressiva linea decadenziale del contraddittorio.*

Tra il XVII e XVIII secolo si sviluppava nel continente un diverso clima culturale, in concomitanza con il passaggio dell'*ordo iudiciarius* medioevale al processo in senso moderno<sup>9</sup>: la concezione del fenomeno processuale subì un radicale mutamento passando dall' "ordine isonomico" all' "ordine asimmetrico"<sup>10</sup>.

La funzione giudiziaria era profondamente cambiata, era affidata ad un giudice concepito come "*homo burocraticus*" che agiva secondo una logica burocratica e la cui attività era fungibile, prevedibile e controllabile, il giudice perdeva la funzione di controllore e tutore dell' *ordo iudiciarius* e assumeva la direzione di un processo a carattere pubblicistico ancorato allo *ius iurisdictionis*<sup>11</sup>.

Si evidenzia dunque con il giusnaturalismo moderno, una progressiva linea di decadenza del principio del contraddittorio, si va a cogliere una istintiva diffidenza per la controversia, per il dialogo e la testimonianza. Viene così abbandonata la metodologia dialettica della ricerca e il contraddittorio si trasforma "in una meccanica contrapposizione di tesi ed, in ultima istanza in una prova di forza"<sup>12</sup>. Inoltre dalla classica concezione di una verità probabile si passava con fiducia alla concezione di una verità oggettiva e assoluta, supportata peraltro dalla tendenza dell'epoca di svalutare la prova testimoniale e privilegiare la prova documentale, legale, preconstituita: ciò segnava dunque il "passaggio dall' arte del dialogo all'arte della ragione"<sup>13</sup>.

Il processo si riduceva ad una mera tecnica costituita da un insieme di regole, funzionali unicamente alla risoluzione delle controversie, al giudice e alle parti ormai non poteva esser richiesto niente più che una correttezza formale e una stretta osservanza delle regole processuali.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> PICARDI voce *Processo civile (dir. Moderno)*, cit., 110 e ss..

<sup>10</sup> GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico*, cit., 84.

<sup>11</sup> PICARDI, "*Audiatur et altera pars*", cit., 15 e ss..

<sup>12</sup> ID., "*Audiatur et altera pars*", cit., 16.

<sup>13</sup> GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. Dir.* XXXVII, Milano, 1988, 549 e ss..

<sup>14</sup> PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 5.

La procedura processuale che nei secoli precedenti era improntata sul carattere isonomico, mutava radicalmente in un carattere asimmetrico in quanto fondamentalmente impostata sulla direzione del giudice, sull' autorità e sulla logica burocratica<sup>15</sup>. Seppur si parlasse ancora di principio del contraddittorio, questo aveva perso il riferimento originario al diritto naturale e alla sua portata etico-ideologica, non era più un' entità preesistente alle norme processuali a cui queste si dovrebbero ispirare, o meglio un' esigenza endoprocessuale, ma era divenuto il risultato di un procedimento di astrazione dalle singole norme particolari, declassandosi al ruolo di categoria secondaria tanto da perdere il collegamento con l' essenza del fenomeno processuale<sup>16</sup>.

Nonostante questo mutamento, si può comunque notare che in occasione della codificazione avvenuta nel nostro paese, a seguito dell' unificazione nazionale, nella Relazione Pisanelli del 1863, sul progetto del codice di procedura civile, si continuava ancora a ribadire la collocazione del fondamento del contraddittorio nella matrice giusnaturalistica del principio immanente al processo stesso<sup>17</sup>.

Tuttavia però alla fine del XIX secolo, in correlazione con "l' esprit positiviste", va addirittura ad esaurirsi la funzione assiologia del principio del contraddittorio, e in quel periodo scriveva Mortara: "Crederei di venir meno alla serietà di una esposizione di principi scientifici se mi permettessi di ripetere le consuete frasi [...] sul principio di ragione naturale che insegna la necessità del contraddittorio"<sup>18</sup>

#### **4. L'art. 38 del c.p.c. del 1865 e la svalutazione del contraddittorio negli anni '30.**

Il principio del contraddittorio era contemplato nell' art. 38 del codice di procedura civile del 1865, il quale stabiliva che, "non si può statuire sopra alcuna domanda se non sentita o debitamente citata la parte contro cui è proposta, eccettuati i casi determinati dalla legge".

---

<sup>15</sup> ID., "Audiatur et altera pars", cit., 16 e ss..

<sup>16</sup> ID., "Audiatur et altera pars", cit., 17.

<sup>17</sup> PISANELLI, *Relazione al governo sul progetto del codice di procedura civile al senato del regno del 26 novembre 1863 in Gianziana, codice di procedura civile preceduto dalle relazioni ecc.*, IV TORINO 1889 n.38, p.21, riportata da PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. Dir. proc.* 1998, 675.

<sup>18</sup> MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile* III, Milano, 1923, 234.



Secondo Betti<sup>19</sup>, il principio aveva due fondamenti, uno logico ed uno pratico.

Il fondamento logico consisteva nel fatto che nel processo si fa valere un rapporto giuridico o uno stato giuridico della persona. “Ogni rapporto giuridico ha essenzialmente una struttura bilaterale, imperniata sulla correlazione di potere e vincolo”, quando tale rapporto viene fatto valere o viene contestato, ad un soggetto viene conferito il potere di soggetto attivo e all’ altro si impone il vincolo di soggetto passivo<sup>20</sup>. Pure lo *status* personale, che in sé e per sé non si esaurisce in un rapporto giuridico, assume una rilevanza pratica solo in confronto di persone determinate, al fine della sua affermazione o contestazione in giudizio, perciò non si comporta diversamente da un rapporto giuridico. Dunque, “la bilateralità del rapporto giuridico o dello stato personale, nel suo pratico atteggiamento in ordine a una lite, determina la bilateralità del processo”<sup>21</sup>. Il processo si svolge tra due parti, di cui chi assume l’ iniziativa (attore) fa valere in giudizio una ragione, affermando o negando un rapporto giuridico o uno stato personale, nei confronti di un altro soggetto (convenuto), che rappresentando alla stregua della ragione sostenuta, il suo designato avversario, è per definizione chiamato nel proprio interesse a contraddire alla domanda proposta dall’ attore e contestare la ragione fatta valere.

Il fondamento pratico del contraddittorio consisteva nel fatto che l’ attività di ciascuna parte nel processo conduceva al raggiungimento della giustizia della decisione, ossia la finalità del processo stesso, poiché mediante l’esercizio del contraddittorio si esprime l’esigenza che l’iniziativa processuale sia conferita non soltanto ad una ma ad entrambe le parti: l’ attività processuale di una parte è controllata e rettificata dalla contraddizione della rispettiva controparte. La singola parte, mossa dal proprio interesse, è per natura inidonea e inaffidabile a prospettare esattamente al giudice i fatti della causa in modo completo, poiché per definizione evidenzierebbe quelli ad essa favorevoli (o addirittura ne simulerebbe l’ esistenza) e occulterebbe quelli a sé sfavorevoli. La soluzione di tale pericolo risiede nel contraddittorio della controparte, che sebbene mossa da opposti interessi e quindi tratta a risaltare o fingere fatti a sé favorevoli e nascondere quelli

---

<sup>19</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2° ed., Roma, 1936, 87 ss..

<sup>20</sup> ID., *Diritto processuale*, loc.cit..

<sup>21</sup> ID., *Diritto processuale*, cit., 88.

contrari al proprio interesse, “porta naturalmente a una correzione degli eccessi e delle deficienze dell’ esposizione avversaria” e quindi grazie al “contraddittorio l’esposizione di ciascuna parte si integra e rettifica, in servizio della decisione giusta”<sup>22</sup>. Dunque il contraddittorio rappresenta l’indispensabile complemento e correttivo dell’ iniziativa processuale della singola parte, che agisce in funzione del proprio interesse, perché solo la “bilateralità dell’ iniziativa”, solo l’attività combinata delle parti, potrà assicurare al giudice un’esposizione dei fatti corretta e imparziale, tale da consentirgli gli strumenti per una giusta decisione<sup>23 24</sup>.

L’attività processuale della controparte è però meramente eventuale, il convenuto ha il diritto di contraddire solo qualora lo ritenga opportuno, senza però essere obbligato a farlo, il contraddittorio si esplica dunque in una facoltà/onere e potrebbe anche non funzionare a causa della inattività della parte, integrando in questo caso il fenomeno del processo contumaciale<sup>25</sup>. La mancanza effettiva del contraddittorio non necessariamente pregiudica la giustizia della decisione, poiché si può raggiungere pure in mancanza della cooperazione di una delle parti, anche se con maggiore difficoltà<sup>26</sup>. Non sarebbe opportuno obbligare il convenuto a comparire visto che “l’efficacia della sua contraddizione è tutta fondata sulla spinta del suo interesse e quindi della sua libertà”, inoltre “il contraddittorio è uno strumento utile del processo quando vi sia fondamento nel contraddire: se non ce n’ è, costituisce un ingombro”<sup>27</sup>.

La posizione del Carnelutti<sup>28</sup> è sostanzialmente la stessa: “a ciascuna parte spetta il potere di azione, [...] l’ attività di ciascuna parte nel processo giova allo scopo di questo in quanto sia controllata e rettificata dal contraddittorio, il principio del contraddittorio esprime precisamente la bilateralità dell’ azione e la ragione di questa”. “Ciascuna parte agisce nel processo per il proprio interesse, ma l’azione combinata di tutti e due serve allo scopo del processo, questo fenomeno, che

---

<sup>22</sup> ID., *Diritto processuale*, loc. cit.

<sup>23</sup> Su questo tema anni più tardi CALAMANDREI esprimerà simile opinione nel suo celebre saggio “*Il processo come giuoco*”, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1950, 26 e ss. dove il risultato raggiunto nel processo realmente corrispondente e finalizzato alla giustizia, dipende dalla somma algebrica, dalla sintesi degli sforzi contrastanti delle parti che perseguono scopi più limitati e grettamente egoistici (tesi e antitesi).

<sup>24</sup> BETTI, *Diritto processuale*, cit., 88-89.

<sup>25</sup> ID., *Diritto processuale*, cit., 88.

<sup>26</sup> ID., *Diritto processuale*, cit., 89.

<sup>27</sup> ID., *Diritto processuale*, loc. cit..

<sup>28</sup> CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 1933, II, Padova, 154 e ss..

costituisce l'anima del meccanismo processuale, si può rappresentare come la componente di due forze antagonistiche: ciascuna delle due forze in lite diverge dalla forza che tende alla giusta composizione della lite, ma con questa coincide la loro risultante"<sup>29</sup>.

Dunque l'impostazione della tematica del contraddittorio dei più autorevoli autori<sup>30</sup> degli anni '30, considerandolo come un mezzo del processo e non un fine, la cui mancanza non pregiudica e non si pone in contrasto con lo scopo del processo, poiché la giusta decisione può raggiungersi pure senza la cooperazione delle parti, costituisce un completo ribaltamento rispetto alla classica concezione giusnaturalistica<sup>31</sup>, essendo ormai il contraddittorio divenuto come un elemento accidentale all'interno del processo. Tuttavia il confronto tra la struttura (possibilità per il giudice di statuire sulla domanda solo se preventivamente portata a conoscenza del convenuto) e la funzione (assicurare la simmetrica parità delle parti all'inizio del processo, ma anche il soddisfacimento dell'interesse pubblico all'accertamento della verità ed alla realizzazione della giustizia) del contraddittorio, conduce alla rilevazione di una "parziale discrepanza", dato che la ricerca della verità e della giustizia richiederebbe in ogni caso, l'effettiva attuazione del contraddittorio e non la sua astratta possibilità<sup>32</sup>. Tali autorevoli dottrine<sup>33</sup> trovavano difatti una loro giustificazione nel mutamento di prospettiva del processo, avvenuto sin dal primo dopoguerra, sotto l'influsso della teoria normativa del diritto, dove finiva per prevalere la ricostruzione del processo come *sub specie* del procedimento, consentendo una ricostruzione più rigorosa della normativa del processo, (in particolare dello studio dell'atto processuale), lasciando il contraddittorio, nell'ambito di tale concezione, ai margini del processo<sup>34</sup>. L'identificazione tra procedimento e processo, la sussunzione del procedimento giurisdizionale e amministrativo sotto un'unica categoria, era posta allo scopo di poter innestare nel procedimento amministrativo le stesse garanzie di giuridicità proprie del diritto processuale giurisdizionale<sup>35</sup>, ma ciò portò a

---

<sup>29</sup> ID., *Lezioni*, cit., 155.

<sup>30</sup> ID., *Lezioni*, loc. cit. e BETTI, *Diritto processuale*, cit., 89.

<sup>31</sup> PICARDI, "Audiatur et altera pars", cit., 19.

<sup>32</sup> In tal senso PROTO PISANI, *Sub art 101 c.p.c.*, in *Comm. Allorio*, Torino 1973, 1085-1086

<sup>33</sup> CARNELUTTI, *Lezioni*, cit. 155., e BETTI, *op.cit.*, 89.

<sup>34</sup> PICARDI, "Audiatur et altera pars", cit., 17.

<sup>35</sup> MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, 1927, 211 e ss.

svalutare le notazioni non comuni ai due tipi di procedimento come il contraddittorio, che di fatto non si riscontrava nel procedimento amministrativo e per cui in quest'ottica finisce per costituire un mero accidente. Ma la più alta svalutazione del contraddittorio si avrà sul finire degli anni '30 in Germania, in un progetto dove si mirava ad abolire totalmente il contraddittorio dal processo civile, riducendo il processo in uno schema ufficioso di giurisdizione volontaria<sup>36</sup>.

##### *5. Il passaggio all'art. 101 c.p.c. del 1942 secondo la sua "interpretazione tradizionale".*

Dall'art. 38 del codice di procedura civile del 1865 si passa alla codificazione del 1942, il cui art. 101 rubricato come "Principio del contraddittorio" prevede che: "Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa". Si tratta di una trasposizione del vecchio art. 38 del c.p.c. del 1865, che si rifà a una concezione tradizionale del principio, ispirata agli ideali liberali dello stato di diritto. La garanzia prevista, è che il soggetto contro il quale è proposta la domanda sia stato ritualmente citato in giudizio, affinché possa difendersi se lo ritiene opportuno. Il fatto che il contraddittorio con l' art. 101 del codice del '42 sia stato rubricato sotto la dizione di principio, può lasciar intendere che possa essere condizione necessaria per la decisione della causa, non solo la citazione in giudizio della parte, ma anche la sua effettiva presenza<sup>37</sup>. In realtà però, secondo l'unanime dottrina<sup>38</sup> non si tratta di un obbligo di comparire ma di un mero onere, la legge non si preoccupa che il convenuto comparisca effettivamente, ma semplicemente che gli venga offerta tale possibilità garantita dalla regolarità della citazione, onde per cui il contraddittorio costituisce una condizione per la trattazione del merito, ovvero un presupposto processuale. Ciò che conta dunque è che ad ognuno sia offerta la possibilità di avvalersi della struttura dialettica del processo, nel rispetto della sua libertà di comparire o meno, perciò alla nozione di

---

<sup>36</sup> BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1938, 583.

<sup>37</sup> Può lasciar intendere che l' effettiva attuazione del contraddittorio sia una condicio sine qua non, un' esigenza imprescindibile per consentire lo svolgimento del processo.

<sup>38</sup> ANDRIOLI *Commento al codice di procedura civile*, 3° ed., Napoli, 1957, I, 282-283.

contraddittorio, inteso come esigenza imprescindibile e immanente al processo configurabile come una vera e propria “coazione al contraddittorio”, che per secoli ha dominato il “processo comune” dell’età moderna, si sovrappone la nozione di “libertà del contraddittorio”, intesa come facoltà della parte di giovare o meno qualora lo ritenga opportuno nel proprio interesse<sup>39</sup>.

Il bene che si intende garantire col principio del contraddittorio nella sua “interpretazione tradizionale” è l’uguaglianza delle parti nella fase iniziale del processo, pur non essendo ancora rilevante in quel periodo l’esigenza di una tutela ulteriore, che prenda in considerazione l’eventualità che l’uguaglianza astrattamente assicurata all’inizio del processo, possa poi anche non tradursi in una garanzia concreta nel corso del giudizio<sup>40</sup>.

Si tratta di una interpretazione formale e statica del contraddittorio<sup>41</sup>, risalente all’ideologia liberale, frutto di una concezione liberal-individualistica della realtà: è finalizzata a garantire la possibilità di partecipazione al procedimento delle parti, dunque una loro “parità delle armi”, mediante lo strumento della vocativo *in ius* al momento iniziale, ma non si prevede una estensione dinamica del principio in grado di assicurare una effettiva equità tra i contendenti durante tutto il corso del giudizio. Inoltre tale garanzia non è neppure assicurata in via assoluta, la dizione letterale della norma recita: “salvo che la legge disponga altrimenti”, per cui è fatta salva per legge la possibilità che il giudice si possa pronunciare sulla domanda di parte anche in mancanza della citazione in giudizio del convenuto. Dunque la regola prevista dalla fonte letterale dell’art. 101 c.p.c., in cui si assicura l’attuazione del contraddittorio tra gli interessati anteriormente alla pronuncia del provvedimento del giudice, può subire un’eccezione, cioè la possibilità della pronuncia indipendentemente dall’instaurazione del contraddittorio. Tali eccezioni dovevano però essere fondate su disposizioni di legge e non regolamenti o atti di autonomia privata, non sussistevano limitazioni di ordine costituzionale, mentre oggi devono essere sottoposte al vaglio di conformità con l’art. 24 comma 2° Cost., per il quale si impone il rispetto e l’inviolabilità del diritto difesa in ogni

---

<sup>39</sup> COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.* 1975, 582 e ss..

<sup>40</sup> COMOGLIO, *Contraddittorio*, *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., IV, Torino 1989, 3.

<sup>41</sup> Della stessa opinione BENVENUTI, voce *Contraddittorio*, in (*dir. amm.*), in *Enc. Dir.*, IX, Milano 1961, 738.

stato e grado del processo. Attualmente nel c.p.c. sono presenti deroghe<sup>42</sup> all'instaurazione preventiva del contraddittorio, in presenza di esigenze meritevoli di tutela, ma che comunque prevedono ugualmente il rispetto del diritto di difesa di cui il contraddittorio è espressione, la pena sarebbe difatti l'illegittimità costituzionale di tali istituti.

#### **6. La rivalutazione del contraddittorio nei primi anni del secondo dopoguerra.**

Con l'evoluzione della scienza processuale, si avvertono, nel secondo dopoguerra, segni di un diverso atteggiamento nei confronti del principio del contraddittorio e del processo, tali da rendere possibile un recupero dell'idea classica di contraddittorio e una sua utilizzazione intesa come nucleo centrale del processo<sup>43</sup>. Si è manifestata una sensibilità nuova per la problematica del giudizio cercando di chiarire le idee su che cosa significhi giudicare<sup>44</sup>, e si è osservato che "il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio"<sup>45</sup>. Carnelutti riflettendo sullo stato della scienza processuale si è reso conto che gli studi condotti fino a quel momento si fossero in un certo senso fermati all'esteriorità e anatomia del processo, ad un processo concepito come una costruzione formale (come singoli atti e fasi processuali), e ciò perché la scienza giuridica ha separato la forma, la realtà organica del processo dal suo nucleo vitale, il giudizio, che rappresenta l'azione intorno a cui si organizza e vive quella costruzione processuale<sup>46</sup>. Non si sapeva più che cosa significasse giudicare, per questo si rendeva necessario restituire al processo il volto del giudizio che si era perduto, per coordinare armonicamente la considerazione organica del processo con la considerazione del giudicare. Di fronte alla esortazione "torniamo al giudizio"<sup>47</sup>, si è risvegliato l'interesse del giurista per i meccanismi di formazione del giudizio e principalmente per il contraddittorio, anzi l'intima "connaturalità" tra processo e

---

<sup>42</sup> Tra i vari casi di deroghe all'instaurazione preventiva del contraddittorio, per quanto riguarda i processi speciali: sequestro conservativo e giudiziario, provvedimenti cautelari, istruzione preventiva, procedimenti possessori, interdizione e inabilitazione, denuncia di nuova opera e danno temuto, provvedimenti in camera di consiglio, decreto ingiuntivo.

<sup>43</sup> PICARDI, "Audiatur et altera pars", cit., 19-20.

<sup>44</sup> CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio* in Riv. Dir. Proc. Civ. 1949, 168.

<sup>45</sup> SATTA, *Il mistero del processo* in Riv. Dir. Proc. Civ. 1949, 281.

<sup>46</sup> CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio*, cit., 167 e ss..

<sup>47</sup> ID., *Torniamo al giudizio*, cit., 165.

giudizio è stata lo stimolo per il recupero del giudizio e del contraddittorio e fare di essi nuovamente i punti centrali dell'esperienza processuale<sup>48</sup>.

Satta si interroga sullo scopo del processo e finisce col sostenere che l'unico scopo che si può assegnare al processo è il giudizio, ma non trattandosi di uno scopo esterno al processo, perché "il processo non è altro che giudizio e formazione del giudizio", lo scopo del processo è intrinseco a sé stesso, e ciò sarebbe come dire che processo e giudizio siano atti senza scopo<sup>49</sup>.

Calamandrei invece, consapevole del divorzio tra scienza del processo e scopi pratici della giustizia, rivolge la sua preoccupazione alla scissione tra processo, inteso come complesso di forme esteriori, e giudizio, inteso come la vita di cui dovrebbe esserne espressione e a cui dovrebbe servire, dunque esorta ad un rinnovamento metodologico degli studi<sup>50</sup>, ma in disaccordo con Satta, afferma che lo scopo del processo è ricerca della verità o meglio ancora: giustizia<sup>51</sup>. Quanto alla carneluttiana impellente necessità di un ritorno al giudizio che rischierebbe di condurre ad un nuovo formalismo, per Calamandrei, invece si prospetterebbe come caposaldo un ritorno allo scopo per individuare valori che diano sostegno e valore al processo, aprendo ad una concezione funzionale del processo che sostituisce o quantomeno affianca la tradizionale concezione strutturale. Perché veramente il processo possa essere utile al raggiungimento della giustizia della decisione, deve essere rappresentato come un meccanismo fondato sul contraddittorio, dove la contrapposizione di tesi contrastanti trovano una loro unità e la libertà appare come potere di partecipazione<sup>52</sup>. L'attuazione formale del contraddittorio e del dialogo processuale diventano uno strumento indispensabile nel processo nell'interesse della giustizia e del giudice, che proprio nella contrapposizione dialettica delle opposte tesi e la collaborazione delle parti nella ricerca della verità, trova senza fatica, il miglior mezzo per conoscere la realtà dei fatti<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza e varietà* in *Opere*, V, Milano, 1959, 71.

<sup>49</sup> SATTA, *Il mistero*, cit., 280-281.

<sup>50</sup> CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. Dir. proc. Civ.*, 1950, 278 e ss..

<sup>51</sup> ID., *Processo e giustizia*, cit., 283 e ss..

<sup>52</sup> ID., *Processo e democrazia*, Padova 1954, 128 e ss

<sup>53</sup> ID., *Processo e democrazia*, loc. cit.. e nella ricostruzione affrontata da TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, 965 e ss..

Fazzalari<sup>54</sup> invece, pur ribadendo l'appartenenza del procedimento e del processo ad un genere comune<sup>55</sup>, ha utilizzato il principio del contraddittorio come elemento diversificatore tra i due, chiarendo che nel processo, oltre alle caratteristiche proprie del procedimento, si riscontra seppur in forme talvolta diverse un' effettiva equivalenza tra i vari partecipanti mediante posizioni simmetricamente paritarie e implicate tra loro, in pratica c' è processo quando nell' iter di formazione di un atto c' è contraddittorio<sup>56</sup>. Dunque nella peculiarità del contraddittorio, che viene definito "la struttura dialettica del procedimento", è agevole reperire la caratteristica strutturale del processo e quei particolari tipi di procedimento che si giovano di una struttura che prevede un contraddittorio, si definiscono processi. Secondo Fazzalari va respinta la concezione di processo prospettata da Carnelutti, secondo cui c'è processo solo in presenza di un conflitto di interessi, o da Benvenuti, per il quale vi è processo, quando partecipi alla formazione dell'atto un soggetto portatore di un interesse distinto da quello dell'autore dell'atto stesso. Si potrà parlare di processo solo in quanto si constati l'esistenza di una struttura e di uno svolgimento dialettici, in assenza dei quali risulti vano indagare intorno ad un attuale o eventuale conflitto di interessi. La centralità del contraddittorio e la sua natura dialettica emergono in tutta la loro portata, ma tale centralità del contraddittorio non è esente da problemi, poiché la concezione di Fazzalari risulta ancora legata all' aspetto formale del contraddittorio, da un lato assicura al contraddittorio una presenza necessaria per l'esistenza del processo stesso, ma dall'altro lato del tutto pleonastica, proprio perché disattendibile e, dunque, priva di un significato in grado di giustificarne la centralità e di superarne una concezione puramente estetica. Difatti il giudice, pur dovendo svolgere il contraddittorio, poteva non tener conto o addirittura disattendere ciò che è stato dalle parti posto in discussione, quindi poteva verificarsi la pronuncia di sentenze che nulla, o poco, avevano a che vedere con quanto sostenuto dalle parti, evidenziando una pubblica funzione del giudice

---

<sup>54</sup> FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1958, 861 e ss..

<sup>55</sup> Il processo sarebbe infatti una species del genus procedimento: esso si caratterizzerebbe per il fatto di essere (in quanto procedimento) una sequenza di norme ciascuna delle quali regolante una condotta che avrebbe come presupposto del proprio operare il compimento di una attività regolata da un'altra norma della serie.

<sup>56</sup> PICARDI, "*Audiatur et altera pars*", cit., 20 e ss..



slegata dalla posizione cui erano giunte le parti in ragione dello scontro dialettico dei rispettivi argomenti.

L'orientamento prevalente si basava ancora sulla convinzione che procedimento e processo appartenessero allo stesso genere, sia per la loro comune caratteristica di trattarsi di schemi che si risolvono in una successione ordinata di atti, che per la loro riconducibilità allo stesso tipo di razionalità. In questo frangente il contraddittorio non rappresenta un' esigenza imprescindibile immanente al processo, poiché "non attiene direttamente al momento fondamentale del giudizio", la sua funzione si esaurisce nell' assicurare alle parti una situazione di simmetrica "parità delle armi", mediante una "meccanica contrapposizione di tesi e, quindi in ultima analisi, in uno strumento di lotta"<sup>57</sup> dove le armi sono sostituite dalle argomentazioni, una dialettica del processo intesa come una concatenazione logica che collega ciascun atto compiuto da soggetti diversi<sup>58</sup>. Ogni atto processuale della parte diventa l'occasione concessa alla controparte come reazione e risposta all' atto precedente, "il processo è una serie di atti che si incrociano e si corrispondono come le mosse di un giuoco"<sup>59</sup>. Relativamente a tale dialettica processuale, implicante una ricostruzione del contraddittorio dialettico-formale riferibile ad un "gioco sottile di ingegnosi ragionamenti", una gara di abilità dove "ciascun competitore prima di fare un passo deve cercare di prevedere, con attento studio non solo della situazione giuridica ma altresì della psicologia dell'avversario e del giudice, con quali reazioni l'antagonista risponderà alla sua mossa", il Calamandrei rinnova la sua brillante interpretazione chiudendo bruscamente il suo celebre saggio, "Il processo come giuoco", con queste parole: "Processo e giuoco, carte bollate e carte da giuoco...Bisogna avvocati e giudici, far di tutto perché questo non sia: e perché il processo serva alla giustizia"<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> ID., "Audiatur et altera pars", cit., 21.

<sup>58</sup> CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1950, 27.

<sup>59</sup> ID., *Il processo come giuoco*, loc. cit..

<sup>60</sup> ID., *Il processo come giuoco*, cit., 51.

CAPITOLO 2) LE GARANZIE COSTITUZIONALI DEL CONTRADDITTORIO E L'IMPATTO DELLA RIFORMA DEL "GIUSTO PROCESSO" SUI GIUDIZI DI "TERZA VIA".

**Sommario:** **1.** Il principio del contraddittorio ex art. 101 comma 1° c.p.c. secondo la sua interpretazione "costituzionalmente orientata"; **2.** La realizzazione posticipata ed eventuale del contraddittorio; **3.** La centralità nel processo del contraddittorio come strumento di ricerca della verità dei fatti con la partecipazione delle parti; **4.** Il contraddittorio alla luce della riforma costituzionale sul "giusto processo"; **5.** Il "giusto processo" come presupposto al divieto dei giudizi di "terza via": la teoria garantista; **6.** La contrapposizione della teoria sostanzialista; **7.** Una soluzione alternativa: il modello strumentale di giustizia procedurale; **8.** Le novelle del 2006 e del 2009: l'art. 384 comma 3° e l'art. 101 comma 2° c.p.c.;

**1.** Il principio del contraddittorio ex art. 101 comma 1° c.p.c.. secondo la sua interpretazione "costituzionalmente orientata".

In base all' art 101 comma 1° c.p.c. " Il giudice, salvo che la legge non disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa", ciò significa che il giudice non può decidere sulla domanda dell' attore se non è stata data al convenuto la possibilità di intervenire nel processo, normalmente con la regolare notifica dell' atto introduttivo, perchè potendo subire gli effetti negativi derivanti dall' eventuale accoglimento della domanda, deve essere messo in condizione di poter contrastare la richiesta dell' attore rivolta al giudice contro di lui.

Tale norma ha acquisito la sua massima capacità espansiva con l'entrata in vigore della Costituzione, lo sforzo fondamentale è stato quello di dare al contraddittorio un coordinamento con l'analisi dell' art. 3 comma 1° ("Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, ecc.") e art. 24 comma 2° (" La difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento") della Cost., per una sua interpretazione "costituzionalmente orientata", e in virtù della funzione concretizzatrice esercitata dalla Corte Costituzionale nell' interpretazione dell' art. 24 comma 2° Cost , tale norma è stata intesa non solo espressione della mera esigenza della difesa tecnica, ma del più corposo principio

di uguaglianza ex art. 3 comma 1° Cost., perciò si è affermata l'elevazione del contraddittorio al rango di garanzia costituzionale<sup>61</sup> in quanto anch' esso espressione del principio di uguaglianza<sup>62</sup>.

L'inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del processo ex art. 24 comma 2° Cost è innanzitutto garanzia di contraddittorio, e l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge ex art. 3 comma 1° Cost., corrisponde ad una "parità delle armi" all'interno del procedimento che porta alla formazione dell'atto giudiziale, "il contraddittorio rappresentando precisamente lo strumento tecnico che plasma la struttura del processo è preordinato ad assicurare tale uguaglianza"<sup>63</sup>. L' "interpretazione tradizionale" del contraddittorio è quindi ben presto sostituita da una interpretazione più ampia, costituzionalmente orientata, dove la "parità delle armi" delle parti, all'inizio del processo è condizione necessaria ma non sufficiente a tutelare le loro posizioni, difatti il principio di effettività del contraddittorio deve prolungarsi per tutto il corso del processo<sup>64</sup>, compreso il momento probatorio, non solo nei confronti degli atti della controparte ma anche verso quelli del giudice, le attività delle parti devono essere tutelate in modo tale che possano far valere paritariamente le loro ragioni in modo continuativo ed in relazione ad ogni tipo di azione processuale<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna 1969, 499 e ss.

<sup>62</sup> PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Iovene, 2002, 203.

<sup>63</sup> COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.* 1975, 584.

<sup>64</sup> Il principio del contraddittorio non è riferibile solo all' atto introduttivo del giudizio, ma deve realizzarsi nella sua piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo, dunque la sentenza emessa dal giudice prima della scadenza dei termini dal medesimo fissati ex art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e memorie di replica dà luogo a nullità del procedimento (art 156 comma 2°) e della sent. ( art.159 comma 1°) provocando la violazione del suddetto principio, essendosi impedito ai difensori delle parti di svolgere la completezza del diritto di difesa (Cass. 3.6.2008, n. 14657). Secondo altra giurisprudenza: il principio del contraddittorio dell' art 101 c.p.c. intimamente connesso con gli art. 3 e 24 Cost. garantisce a ciascuno dei destinatari del provvedimento del giudice di poter influire sul contenuto del medesimo, quindi non è riferibile solo all' atto introduttivo del giudizio, ma deve realizzarsi nella sua piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo, tanto che la violazione del contraddittorio comporta la nullità dell' intero giudizio, con la conclusione che la sentenza che lo conclude non è idonea a porre in essere statuizioni suscettibili di trasformarsi in cosa giudicata se non impugnate ( Cass. 29.11.2005, n. 26040).

<sup>65</sup> Secondo DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1967, 395 e ss., l' art. 101 c.p.c. esprime l' esigenza e la necessità che il contraddittorio venga assicurato per tutto il corso del processo e, in particolar, prima che il giudice pronunci su questioni rilevabili d' ufficio. L' autore prende nettamente le distanze dalla dottrina tradizionale che aveva svalutato il principio del contraddittorio, riducendola a regola di mera uguaglianza formale tra le parti.

Dunque violerebbe l'art 24 comma 2° Cost. ogni norma congegnata in termini tali da non garantire l'effettivo esercizio del contraddittorio per tutto il corso del processo, o da renderne l'esercizio estremamente difficile (dato che deve essere assicurato in ogni grado verso cui il processo progredisca), essendosi affermata la rilevanza costituzionale del principio del contraddittorio e l'esigenza di superare una concezione dello stesso esclusivamente funzionale all'atto introduttivo del giudizio, per la portata ben più ampia che caratterizza rispetto alla norma codicistica.

La giurisprudenza della Consulta<sup>66</sup> si è fatta successivamente strada nel corso degli anni '60 e '70 del secolo scorso, al fine di concretizzare i principi costituzionali, rileggendo le norme vigenti (talora integrandole, talora dichiarandone l'incostituzionalità) soprattutto alla luce dell'art 24 Cost., con un'idea di contraddittorio non più formale ma sostanziale, "nel senso che le parti devono poter svolgere le loro difese in modo pieno e senza arbitrarie limitazioni: qualunque disposizione legale in contrasto con queste regole deve considerarsi incostituzionale e quindi invalida"<sup>67</sup>. La Corte Costituzionale ha ritenuto legittimo che il diritto di difesa comporti sempre l'assistenza di un difensore tecnico (e perciò preveda strumenti di assistenza giudiziaria per i non abbienti ex art 24 comma 3° Cost.), il diritto di provare fatti e appunto il principio del contraddittorio, nel senso che ogni atto del giudice deve passare attraverso il reciproco controllo delle parti, a tal fine sono state pronunciate numerose sentenze che hanno svolto un importante compito di integrazione del sistema, tra le quali: sent. 202/1975, sent. 151/1971, sent. 42/1981.

## *2. La realizzazione posticipata ed eventuale del contraddittorio.*

L'art. 101 comma 1° c.p.c. fa salva la possibilità di limitazioni al principio del contraddittorio stabilendone l'applicabilità, "salvo che la legge disponga altrimenti", quindi è fatta salva per legge la possibilità che il giudice si possa

---

<sup>66</sup> Sentenze di incostituzionalità verso norme che ingiustificatamente restringevano il diritto al contraddittorio, ad esempio le sentenze che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale degli art 247, 248 c.p.c..

<sup>67</sup> LIEBMAN, *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*, in *La protezione giuridica del lavoratore – Il principio del contraddittorio nel processo civile penale e amministrativo*, Varese, 1968, 130-134.

pronunciare sulla domanda di parte anche in mancanza della citazione in giudizio del convenuto, cioè la possibilità della pronuncia indipendentemente dall'instaurazione del contraddittorio.

La portata di regola generale dell' art. 101 c.p.c. comporta che tutte le disposizioni contrastanti devono essere considerate eccezioni, e pertanto insuscettibili di applicazione analogica e di interpretazione estensiva ai sensi dell' art. 14 disp. prel. c.c., eventuali deroghe possono essere disposte soltanto da atti aventi forza di legge e mai di autonomia privata o di natura regolamentare.

Questo regime derogatorio è applicato in buona parte dei procedimenti speciali<sup>68</sup>, dove sono ravvisabili forme di tutela particolare e privilegiata (in corrispondenza alle esigenze che li hanno ispirati) rispetto alle forme ordinarie, perciò appare quasi naturale che tale privilegio e carattere speciale del procedimento si riverberi pure sulla modalità di instaurazione preventiva del contraddittorio, senza eliminarla, ma realizzandola in un momento successivo alla formazione del provvedimento (provvedimento emesso *inaudita altera parte*), tanto che si va a contrapporre al contraddittorio anticipato (previsto espressamente dall' art 101 c.p.c.) il contraddittorio posticipato o addirittura eventuale<sup>69</sup>. Dunque, in tali casi la garanzia del contraddittorio non è eliminata, ma solo posticipata all'emanazione del provvedimento, difatti la rilevanza costituzionale del principio, impone che eventuali deroghe non possano escluderne completamente l'operatività, le specifiche esigenze di tutela non legittimano una soppressione del contraddittorio, ma ne determinano al massimo il differimento. Il legislatore nonostante la diversa modalità di instaurazione del contraddittorio, ha comunque elaborato un delicato sistema di garanzie che lascia uno spazio più che sufficiente per il diritto di difesa, come ad esempio nel caso del decreto ingiuntivo, ex art 633 e ss. c.p.c., dove si prevedono adeguati mezzi di reazione al provvedimento emesso *inaudita altera parte*, quindi è riuscito a mantenere la legittimità costituzionale di questo regime derogatorio all'art. 101 c.p.c.. Nel decreto ingiuntivo difatti sussiste un tipico caso di contraddittorio posticipato ed eventuale, che per l' intimato si verifica in una

---

<sup>68</sup> Tra i vari casi di deroghe all' instaurazione preventiva del contraddittorio, per quanto riguarda i processi speciali: sequestro conservativo e giudiziario, provvedimenti cautelari, istruzione preventiva, procedimenti possessori, interdizione e inabilitazione, denuncia di nuova opera e danno temuto, provvedimenti in camera di consiglio, decreto ingiuntivo.

<sup>69</sup> COLESANTI, *Principio del contraddittorio*, cit., 586 e ss..

fase successiva ed eventuale, ovvero nel caso decida di proporre opposizione, entro 40 giorni dall' emissione del decreto con cui il giudice accoglie le richieste dell' intimante ( con cui il giudice ingiunge appunto all' intimato il pagamento della somma di denaro o la consegna della cosa o la quantità delle cose fungibili richieste) , dando vita così ad un processo a cognizione piena dove potrà esporre tutte le sue ragioni e difese.

Un altro caso peculiare è nel procedimento cautelare uniforme, ex art. 669 sexies comma 2° c.p.c., il contraddittorio viene omesso per esigenze di celerità o pericolo di pregiudizio nell'attuazione del provvedimento, difatti nel caso di previa convocazione della controparte è verosimile che la conoscenza della proposizione dell'istanza possa consentirle di sottrarsi all' attuazione del provvedimento compromettendone l' efficacia, perciò la legge consente che il decreto venga emesso *inaudita altera parte*. Ma per non violare il diritto di difesa, il contraddittorio non viene omesso ma solamente posticipato, difatti il giudice fissa un'udienza di comparizione delle parti con lo stesso decreto entro 15 giorni per confermare, modificare, revocare i provvedimenti appena emanati.

### *3. La centralità nel processo del contraddittorio come strumento di ricerca della verità dei fatti con la partecipazione delle parti.*

La posizione paritaria delle parti garantita dal contraddittorio nella sua veste di precetto costituzionale, “ cessa di essere il platonico riconoscimento di un diritto naturale di eguaglianza e diventa strumento positivo di ricerca della verità”<sup>70</sup>, dunque l'effettività del contraddittorio in dottrina diventa non solo una mera partecipazione al giudizio della parte, ma l'attuazione di un sistema di collaborazione tra parti e giudice; la reale possibilità “di partecipare attivamente allo svolgimento del processo, cooperando sia alla ricerca dei fatti ed alla raccolta delle prove, sia alla elaborazione e formazione del convincimento del giudice”<sup>71</sup>.

Da questo punto di vista il contraddittorio viene di nuovo spostato al centro del fenomeno processuale, diventando il cardine della ricerca dialettica condotta con

---

<sup>70</sup> GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1966, 589-590.

<sup>71</sup> MARTINETTO, *Contraddittorio (Principio del)*, in *Nss D.I.*, IV, Torino, 1959, 460.

la collaborazione delle parti<sup>72</sup>, da strumento di lotta tra le parti si trasforma in strumento dialettico di una verità probabile<sup>73</sup>, perché non è possibile raggiungere una verità oggettiva ed assoluta, ma l' unica verità umanamente conseguibile è una verità relativa, nell' ambito del probabile e del ragionevole<sup>74</sup>.

Il processo non è più costruito su un ordine asimmetrico, con la supremazia di un giudice autoritario che decide prevalentemente sulla base di prove precostituite, ma viene impostato su un ordine isonomico che assicuri reciprocità ed uguaglianza fra le parti, non esiste allegazione deduzione, argomentazione o prova che possa sfuggire al contraddittorio, il giudice diventa il garante di una procedura legata ad una metodologia di ricerca dialettica della verità, condotta con la collaborazione delle parti, una ricerca svolta prevalentemente in termini negativi, individuando le strade impercorribili, selezionando ed eliminando le argomentazioni erranee e scorrette<sup>75</sup>.

Il cardine del nuovo orientamento consiste soprattutto nella convinzione che il contraddittorio si risolva nella regolamentazione del dialogo, in modo da assicurare reciprocità ed uguaglianza sostanziale<sup>76</sup>, non solo alle parti, ma anche tra parti e giudice, il giudice è così legato al contraddittorio da non poter basare la propria decisione su questioni rilevabili d'ufficio, che non siano state previamente sottoposte a discussione tra le parti<sup>77 78</sup>.

Da un punto di vista funzionale e dinamico, il contraddittorio, assicurandosi una posizione di centralità nel giudizio, mira perseguendo un pubblico interesse anche all'accertamento della verità ed alla realizzazione della giustizia, affinché il processo possa approdare a decisioni oltre che formalmente corrette, anche sostanzialmente giuste o almeno con una maggior probabilità di risultare tali.

---

<sup>72</sup> PICARDI, "Audiatur et altera pars". *Le matrici storico culturali del contraddittorio*. in *Riv Trim. dir. Proc. Civ.* 2003, 22.

<sup>73</sup> GIULIANI, *Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, in *Atti X Convegno nazionale di filosofia giuridica e politica*, Milano 1975, 169.

<sup>74</sup> PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 229 e ss..

<sup>75</sup> ID., *Manuale*, loc. cit..

<sup>76</sup> ID., *Manuale*, cit., 229 e ss..

<sup>77</sup> TARZIA, *Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1998, 666.

<sup>78</sup> Questo argomento rappresentando il punto centrale della presente indagine sarà dettagliatamente trattato nella terza parte della presente indagine.

#### 4. Il contraddittorio alla luce della riforma costituzionale sul “giusto processo”.

La consacrazione del principio del contraddittorio a livello di precetto costituzionale, operata dal coordinamento dell' art. 101 c.p.c. con gli artt. 3 e 24 Cost., trova successivamente una esplicita affermazione nel testo dell' art. 111 Cost. novellato dalla legge costituzionale 2/1999. L'enfasi con cui il legislatore (che ha riformato l'art. 111 Cost.) ha adottato la formula di “giusto processo” cristallizzata nella Costituzione, soprattutto per reazione alle profonde modifiche che la Corte Costituzionale, aveva impresso all'impianto del Codice di Procedura Penale del 1988, non sembra rivestire di per sé un carattere innovativo, ma piuttosto sintetizza principi e norme che la giurisprudenza costituzionale con espresso richiamo proprio a tale locuzione, aveva già riconosciuto nel patrimonio ordinamentale. Il senso della garanzia del “contraddittorio tra le parti in condizioni di parità” che si legge nell' art. 111 comma 2° Cost., coinciderebbe sostanzialmente col significato che fino ad oggi dottrina e giurisprudenza hanno dato all'art. 24 comma 2° Cost., inoltre accanto al principio del contraddittorio, la riforma enuncia che il processo debba svolgersi in “condizione di parità” tra le parti, ma tale disposizione sembrerebbe una specificazione del principio di uguaglianza sostanziale, già desumibile in termini più generali dall' art. 3 comma 1° Cost.. Dunque ad un primo impatto, secondo la dottrina maggioritaria<sup>79</sup>, la riforma costituzionale non riveste un carattere innovativo, poiché oltre ad esser stata già individuata la portata del concetto di “giusto processo” desunto dall' art. 24 Cost., già in alcune decisioni della Corte Costituzionale degli anni '80<sup>80</sup> redatte dal giudice Andrioli si ricavavano i primi riferimenti espliciti alla locuzione “giusto processo”, e un secondo gruppo di sentenze degli anni '90<sup>81</sup>, oltre a richiamarne la

---

<sup>79</sup> CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, 1011; DIDONE, *Appunti sul giusto processo di fallimento*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “Giusto processo” in materia civile*, a cura di CAPPONI e VERDE, Napoli, 2002, 103 e ss.; PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 della Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, 241 e ss., secondo l' autore la riforma dell' art 111 ha il pregio di costituire l' occasione e opportunità per un riesame del tema complessivo delle parti nel processo. MONTELEONE, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Giust.Civ.* 2001, 523; BOVE, *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479 e ss..

<sup>80</sup> ANDRIOLI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, *Temi romana*, 1964, 444 e ss.; ID., *Un po' di “Materiellejustizrecht”*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1984, 960.



medesima espressione, ne individuavano il significato e le implicazioni, qualificandolo al rango di vero e proprio principio costituzionale.

Inoltre l'interpretazione costantemente fornita dalla Corte Costituzionale, per certi versi non costituisce una novità assoluta, essendo il principio già contenuto anche nell'art. 6 comma 1° della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo<sup>82</sup>.

Altri autori, però pur ritenendo che alcune di queste garanzie fossero già presenti nel nostro ordinamento, hanno intravisto alcuni elementi di novità nell'art. 111 Cost. riformato, precisamente nel richiamo che la locuzione "giusto processo", opera all'unitarietà dell'insieme delle garanzie processuali ed al loro significato relazionale, ciò significa che le diverse garanzie processuali cristallizzate nella norma, non devono essere intese come entità a sé stanti, ma necessariamente coordinate tra loro<sup>83</sup>, rappresentando non un principio costituzionale autonomo, ma una semplice espressione sintetica del complesso dei valori costituzionali inerenti all'attività giurisdizionale.<sup>84</sup>

L'elemento di novità si coglie nel fatto che l'espressa formulazione del testo costituzionale impone ora, sia al legislatore che agli operatori di diritto, un confronto continuo tra le regole processuali e l'art. 111 Cost.<sup>85</sup>, provocando un più penetrante controllo della Corte Costituzionale sull'operato del legislatore. Infatti, l'art. 111, comma 1°, Cost. è destinato ad avere una funzione centrale

---

<sup>81</sup> TROCKER, *Il nuovo art.111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in CAPPONI, VERDE (a cura di), *Il nuovo art.111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile*, Napoli, 2002, 33 e ss..

<sup>82</sup> L'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata con legge del 4 agosto 1955 n. 848, sotto la rubrica Diritto ad un processo equo, stabilisce che ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata imparzialmente, pubblicamente e in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente ed imparziale.

<sup>83</sup> TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in *Atti del convegno dell'Elba (9-10 giugno 2000)*, Milano, 2001, 36 e ss.; CECCHETTI, voce *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, in *Enc.Dir. aggiornamento*, vol. V, Milano, 2001, 595 e ss..

<sup>84</sup> CECCHETTI, *op. cit.*, 598, secondo cui la formula espressa dalla Corte cost. 24 aprile 1996 n. 131 "è divenuta punto di riferimento essenziale per l'interprete".

<sup>85</sup> Sull'argomento BOVE, *op. cit.*, 479; DE CRISTOFARO, *Nuove prove in appello, poteri istruttori officiosi e principi del giusto processo*, in *Corr. giur.*, 2002, 116; PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265; ID., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241; GAETA, *Del giusto processo civile*, in *Questione giustizia*, 2001, 917; LANFRANCHI, *Giusto processo (civile)*, voce dell'*Encicl. giur. Treccani*, vol. XV, 2001; CAPPONI, *Il giusto processo civile e la riforma dell'art. 111 Cost.*, in *Giudice di Pace*, 2000, 203.

nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, trattandosi di una disposizione dalle indubbie potenzialità espansive con cui il legislatore ha voluto introdurre una vera e propria clausola generale, destinata a funzionare come una sorta di "norma di apertura" del sistema delle garanzie costituzionali della giurisdizione, dove potrà trovare ingresso qualsiasi principio o potere processuale ritenuto (secondo l'esperienza e la coscienza collettiva) necessario per un'effettiva e completa tutela delle ragioni delle parti<sup>86</sup>.

La terminologia "giusto processo", in virtù della riforma costituzionale, assumerebbe per una parte della dottrina<sup>87</sup> il significato di un processo conforme ai nuovi criteri introdotti dal legislatore nell' art.111 Cost. comma 2°, tanto da attribuire ad ogni cittadino il diritto al "giusto processo" indipendentemente dalla concreta applicazione della normativa, addirittura rendendo possibile la denuncia di difformità del modello processuale rispetto quello previsto dalla Costituzione; invece per altri<sup>88</sup> assumerebbe il riferimento ad un processo corretto caratterizzato dalla garanzia del contraddittorio tra le parti e tra le parti e il giudice.

Ma in contrapposizione con tali orientamenti, Chiarloni riconosce alla formula "giusto processo" un significato ulteriore che va ben al di là delle singole garanzie (che peraltro si pongono in una posizione strumentale rispetto ad una precisa finalità a cui devono concorrere), identificabile con la giustizia del processo, intesa non come una sua mera regolarità o legalità, difatti come l'autore afferma: "il processo è giusto nella misura in cui è strutturato in modo da indirizzarsi a produrre sentenze giuste, ovviamente nei limiti consentiti in questo mondo e nel rispetto delle garanzie"<sup>89</sup>.

Laddove per giusto processo si intende quel processo regolato in modo da favorire nel rispetto delle regole procedurali il perseguimento di una decisione giusta, cioè basata su una ricostruzione veritiera delle affermazioni fattuali che la

---

<sup>86</sup> VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 cost.*, in *Riv. Trim. dir. Proc.*, 2003, 1185, 1193.

<sup>87</sup> COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e "il giusto processo civile". Le garanzie*, in *Atti del convegno dell' Elba (9-10 giugno 2000)*, Milano, 2001, 255 e ss..

<sup>88</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 della Cost.*, cit., 241 e ss..

<sup>89</sup> CHIARLONI, *Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2004, II, 507. Queste nozioni sono relative alla teoria sostanzialista che sarà trattata nelle pagine seguenti e più dettagliatamente nella terza parte della presente indagine.

compongono, racchiude in sé, oltre alle relative garanzie processuali costituzionali sia intese singolarmente che in combinazione tra loro, il raccordo con la giustizia sostanziale<sup>90</sup>.

Si evidenzia dunque una contrapposizione tra la concezione di giustizia del processo individuata nel concetto di regolarità e rispetto delle garanzie processuali costituzionali, e una concezione che invece intende tali strumenti necessari ma non sufficienti per pervenire ad una “decisione giusta”, in quanto occorre un’ effettiva attuazione del diritto sostanziale relativamente ad un accertamento dei fatti corrispondente ad una veritiera rappresentazione della realtà<sup>91</sup>; “una decisione di merito basata su una rappresentazione della realtà difforme dal vero non tutela il diritto ma necessariamente lo viola”.

Inoltre il processo per essere “giusto” deve poter soddisfare una serie di regole definite principi regolatori del “giusto processo”, secondo buona parte della dottrina<sup>92</sup>, con l’ espressione “giusto processo regolato dalla legge”, la Costituzione crea propositamente una riserva di legge per la materia processuale, al fine di garantire che il processo non possa essere regolato da atti di normazione secondaria. Si tratta di una riserva di legge rinforzata relativa con cui la Costituzione non si limita al rinvio alla fonte legislativa, ma essa stessa detta anche indicazioni e limiti specifici, ovvero le garanzie minime (contraddittorio in condizioni di parità, terzietà e imparzialità del giudice, motivazione dei provvedimenti, ragionevole durata del processo) alle quali si deve adeguare la legge ordinaria e l’organo giurisdizionale competente nell’applicazione nel caso concreto<sup>93</sup>. Dunque il legislatore costituzionale non pretende che la legge ordinaria debba produrre una regolamentazione analitica di ogni singolo passo del processo, ma che semplicemente accerti se determinati poteri attribuiti al giudice possano provocare violazioni dei diritti di difesa, contraddittorio e parità delle armi<sup>94</sup>, lo

---

<sup>90</sup> CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2003, 36 e ss..

<sup>91</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma – Bari 2000, 8 e ss. e 43; in questo senso anche CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 25.

<sup>92</sup> CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il fallimento*, 2002, 257 e ss. ; PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Il nuovo art 111 della costituzione e il giusto processo civile*, *Atti del convegno dell’ Elba (9-10 giugno 2000)*, Milano, 2001, 66 e ss.

<sup>93</sup> PICARDI, *Manuale*, cit., 229, 230.

<sup>94</sup> CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, cit., 2002, 257 e ss..

scopo della riserva di legge non è soltanto quella di riservare al legislatore ordinario alcune materie nei confronti delle fonti normative secondarie, ma anche regolare i rapporti tra attività legislativa e attività applicativa, con la finalità di evitare che in tali materie la legge lasci troppo ampi spazi di libertà agli organi applicativi<sup>95</sup>. Tuttavia nei confronti della funzione giurisdizionale si tratta esclusivamente di una riserva di legge relativa; spetta alla legge stabilire i fondamenti della disciplina, i criteri e i principi generali, mentre certamente può essere affidata alla discrezionalità del giudice la scelta delle modalità dei contenuti e dei termini di applicazione<sup>96</sup>. Contrariamente a tale opinione, altri autori<sup>97</sup> hanno interpretato un chiaro indirizzo del legislatore volto a garantire che le modalità e i tempi di esercizio dei poteri delle parti e del giudice non fossero rimessi alla valutazione discrezionale di quest'ultimo, distinguendo che qualora si tratti di poteri destinati all'organizzazione e governo del processo, ininfluenti al contenuto del provvedimento finale, pur dovendo essere previsti dalla legge, possono essere esercitati discrezionalmente in relazione alle esigenze delle singole controversie<sup>98</sup>, mentre invece i poteri suscettibili di incidere sul contenuto della decisione, il valore del "giusto processo" regolato dalla legge, ne esige la rigida predeterminazione da parte del legislatore<sup>99</sup>.

In alcuni casi tale garanzia (o regola di metodo di svolgimento del processo), della predeterminazione legale dei poteri delle parti e del giudice, può esser attenuata dall'esigenza dell'effettività della tutela giurisdizionale, tanto che le garanzie del "giusto processo" devono essere parzialmente sacrificate in nome di tale principio costituzionale<sup>100</sup>. Appare però fuorviante in nome del valore dell'efficienza, una contrapposizione tra garanzie del "giusto processo" e discrezionalità del giudice, come se le garanzie processuali fossero ostacoli o forze opposte a tale valore, in realtà il rispetto di tali garanzie se intese in senso sostanziale e non formale, può

---

<sup>95</sup> PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, cit., 66 e ss..

<sup>96</sup> PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, cit., 68.

<sup>97</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 della Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, 242; CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2003, 53.

<sup>98</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 della Cost.*, cit. 243; ID, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, I, 267 e ss..

<sup>99</sup> ID., *Il nuovo art. 111 della Cost.*, cit., 244.

<sup>100</sup> ID., *Il nuovo art. 111 della Cost.*, cit., 244; BOVE, *op. cit.*, 491.

essere messo in pericolo da una rigida e formale predeterminazione delle regole processuali a scapito dell'efficienza<sup>101</sup>.

L'espressione costituzionalizzata “ *contraddittorio tra le parti in condizioni di parità*”, menzionata nell' art 111 comma 2° Cost. costituisce l'opportuna occasione per porre attenzione su un argomento già in passato sviluppato dalla dottrina relativamente all' art. 24 Cost. , il rapporto tra il principio della parità delle armi e il diritto alla prova. Il diritto alla prova concepito come il diritto delle parti a dimostrare fatti posti a fondamento delle loro rispettive pretese, si mostra come un aspetto fondamentale del principio della parità delle armi e del contraddittorio in senso sostanziale ed effettivo, e ciò è stato messo in rilievo pure dalla giurisprudenza di Strasburgo<sup>102</sup>. Dunque in particolare un importante sent. della Corte Europea ( *Dombo Beheer contro Paesi Bassi*<sup>103</sup>) ha messo in rilievo il concetto di “giusto processo”, come meccanismo teso a pervenire ad una decisione accurata sui fatti di causa, includendo il diritto per le parti di provare i fatti rilevanti su un piede di effettiva parità<sup>104</sup>. Il contraddittorio presuppone che tutti i soggetti coinvolti nel processo, abbiano nel libero e paritario esercizio dei rispettivi poteri e diritti, non solo armi uguali, ma pure uguali *chances* di successo di fronte al giudice adito<sup>105</sup>, ovvero che si assicuri alle parti, uguali e soprattutto effettive possibilità di influire a proprio vantaggio sul convincimento del giudice, incidendo attivamente sull' *iter* decisorio e sull'elaborazione della sentenza. Ciò avviene soprattutto mediante l'esercizio in condizioni paritarie del diritto alla prova e controprova, considerato come essenziale espressione dei poteri di azione e difesa. Spesso però il concetto di effettiva parità, secondo alcuni autori<sup>106</sup>, è limitato ingiustificatamente da diversi principi (in particolare l' art 246 c.p.c. su cui la Corte Cost. è stata chiamata pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale) vigenti nell' ordinamento in tema di limiti di ammissibilità delle

---

<sup>101</sup> PIVETTI, *Per un processo civile*, cit., 72.

<sup>102</sup> TARZIA, *L' art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 10.

<sup>103</sup> TONOLLI (nota di), in *Giur.It.* 1996, 1, 153.

<sup>104</sup> TARZIA, *L' art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, loc. cit..

<sup>105</sup> COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell' azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 153-154.

<sup>106</sup> ID., *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv.Dir. Proc.* 2008, 1521; TARZIA, *L' art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, loc. cit.; TROCKER, *Il nuovo art.111 della Costituzione e il “giusto processo”*, cit., 36.

prove nel processo. Oltre alla condizione di parità tra le parti cristallizzata nell'art. 111 Cost., nasce la necessità di un'uguaglianza anche nei punti processuali di arrivo, una tendenziale omogeneità o uniformità nelle forme di tutela ottenibili all'esito del giudizio, cioè un'esigenza di parità di trattamento nei risultati del processo, questa *effettività* concreta delle garanzie processuali, rappresenta il minimo comun denominatore di tutte le garanzie del "giusto processo"<sup>107</sup>. Il quadro garantistico resterebbe difatti incompiuto se al termine del processo, a tutte le parti in lite non venisse assicurata la paritaria possibilità di ottenere, per il pieno soddisfacimento dei loro diritti e interessi violati, forme di tutela adeguate (ad es. costitutive, condannatorie, reintegratorie, risarcitorie, ripristinatorie, inibitorie), della cui attuazione l'ordinamento garantisca a priori la piena *effettività*<sup>108</sup>.

Il comma 2° dell'art 111 Cost., prosegue aggiungendo tra le garanzie costituzionali pure il concetto di *terzietà e imparzialità del giudice*, che secondo alcuni autori, rappresenta una novità per la nostra Costituzione che si era meramente limitata a garantire l'autonomia e indipendenza dei giudici dagli altri poteri dello stato.<sup>109</sup> Dall'enunciazione di tale garanzia si desume l'assoluta inderogabilità del principio di domanda ricavando nel carattere di *terzietà* l'irrinunciabile distinzione tra giudice e parte, tra chi rende e tra chi chiede giustizia<sup>110</sup>. Il concetto di *imparzialità* implica una necessaria estraneità e indifferenza del giudice rispetto alle parti della controversia, a cui si collegano istituiti come l'astensione e ricazione del giudice civile sulla base dell'art. 51 c.p.c..

Il secondo comma dell'art. 111 Cost. si conclude con la previsione di un'ulteriore garanzia, la *ragionevole durata del processo*, che già era riconosciuta dalla Convenzione Europea dei diritti umani del 1950 e dal trattato di Amsterdam, ma che con la sua specifica consacrazione nella Costituzione ha acquisito una diversa e maggiore valenza, data la possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale relativamente a norme che allungano i tempi processuali<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> COMOGLIO, *Tutela differenziata*, cit., 1520.

<sup>108</sup> ID., *Tutela differenziata*, cit., 1521.

<sup>109</sup> TROCKER, Il valore costituzionale del "giusto processo", cit., 45.

<sup>110</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 della Cost.*, 246.

<sup>111</sup> VERARDI, *Articolo 111 della Costituzione e tempi del processo civile*, in *Atti del convegno dell'Elba (9-10 giugno 2000)*, Milano, 2001, 113.

5. Il “giusto processo” come presupposto al divieto dei giudizi di “terza via”: la teoria garantista<sup>112</sup>.

Il “giusto processo” ha posto nel contesto del processo civile alcune riflessioni relativamente alla garanzia del contraddittorio e i poteri istruttori del giudice e più precisamente nell’attuazione del principio del contraddittorio, in relazione alle questioni rilevabili d’ufficio. Pur trattandosi di una problematica che da molti anni attrae l’attenzione di giurisprudenza e dottrina, in riferimento alla riforma costituzionale dell’art. 111 Cost. è stata evidenziata la necessità (accolta già in precedenza da diversi autori) che la garanzia del contraddittorio sia intesa, non soltanto come regola tra le parti in causa, ma anche tra queste e il giudice, così come già avviene nel processo civile francese. Nell’ampia produzione scientifica che si è sviluppata sul tema della garanzia costituzionale del contraddittorio, Montesano<sup>113</sup> affronta la tematica del rapporto tra il suddetto canone costituzionale e le sentenze di “terza via”. Innanzitutto per sentenze di “terza via” (definite anche di “terza opinione” o “a sorpresa” o “sentenze solitarie” o “solipsisticamente adottate”), si intende quel fenomeno in cui il giudice decide la causa, basandosi in tutto o in parte su un punto di fatto o di diritto sul quale le parti non hanno potuto anteriormente difendersi e contraddire, la “terza via” è l’*iter* che il giudice decide di percorrere nella risoluzione della controversia, lasciandosi alle spalle le prospettazioni dell’attore e del convenuto (prima e seconda via). Il classico caso esemplificativo in cui si verifica tale tipologia di sentenze è la rilevazione officiosa da parte del giudice della nullità del contratto nel contesto del processo, il cui oggetto è una domanda di adempimento proposta da una delle parti, il giudice non estende l’oggetto del processo (che solo le parti possono determinare), ma ne allarga lo spettro cognitivo senza la loro condivisione<sup>114</sup>: sovrappone al dibattito processuale una decisione fondata su una questione mai sottoposta al controllo e alla discussione delle parti. Secondo

---

<sup>112</sup> Le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali antecedenti alle riforme dell’art 384 comma 3° e 101 comma 2° c.p.c. saranno ampiamente analizzate nella terza parte della presente indagine, in questa sede vengono trattate solo alcune elaborazioni dottrinali esemplificative dell’impatto tra “giusto processo” e decisioni a sorpresa.

<sup>113</sup> MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”*, in *Riv. Dir. Proc.* 2000, 929 e ss..

<sup>114</sup> FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell’istruttoria*, in *Riv. Dir. Proc.* 2006, 6 e ss..

Montesano<sup>115</sup> dall' art 111 Cost., come riformato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, si desume chiaramente il divieto dei giudizi civili di "terza via". Dall'essenzialità della garanzia del contraddittorio e del principio di difesa (art. 24 Cost.), si deduce l'invalidità degli atti in contrasto con il loro scopo normativo e la conseguente invalidità del provvedimento conclusivo in quanto dipendente dall'atto invalido: l'autore si colloca dunque nella corrente dottrina c.d. "garantista".

Difatti nel nostro sistema processuale l'attuazione della garanzia del contraddittorio oscilla secondo l'interpretazione giurisdizionale e dottrinale tra un modello "garantista", che valorizza la funzione di garanzia del contraddittorio nella sua biunivoca correlazione con la garanzia della difesa, ed un modello contrapposto definito "sostanzialista", nel quale è posta in primo piano la correttezza sostanziale della decisione. Dalla progressiva costruzione della tesi garantista sono derivati gli sviluppi successivi che ne hanno caratterizzato la massima espansione, portati a compimento mediante la valorizzazione della modifica dell' art. 111 Cost. sul "giusto processo" (come appunto la teoria di Montesano), sia le contrapposte tesi di stampo sostanzialista.

Le opinioni di Montesano prefigurano la seguente conseguenza: l'invalidità della sentenza implicante un' impostazione giuridica rimasta estranea al precedente dibattito tra le parti, conferisce facoltà al soccombente di far valere in appello tale invalidità ex art. 161 c.p.c.. Il giudice di secondo grado, se riterrà applicabile tale norma, dovrà consentire il contraddittorio impedito in primo grado e dare così alle parti la possibilità di difendersi e proporre nuove prove. La violazione di tale norma potrà essere motivo di cassazione "per nullità della sentenza" e/o per difetto di motivazione sulla predetta "indispensabilità" o non, di nuove prove e quindi il rinvio della Corte suprema al giudice di secondo grado, perché provveda a sanare il vizio.

Inoltre al fine di coniugare il principio della ragionevole durata del processo e la garanzia del contraddittorio, è necessario, secondo l'Autore, impedire al giudice di porre la questione della norma estranea al precedente dibattito tra le parti, o di recepire sollecitazioni di parte in tal senso, al di là dell'udienza prevista dall'art.

---

<sup>115</sup> MONTESANO, *La garanzia costituzionale*, cit., 929 e ss..



184 c.p.c., cioè della fase processuale durante la quale sono inibite alle parti richieste di nuovi mezzi di prova. E' curioso notare come il legislatore abbia seguito, nella riforma dell'art. 183 c.p.c. del 2005 ( quando era dunque già vigente il nuovo testo dell'art. 111 della Costituzione) la prima prospettazione (facendo riferimento, però, all'udienza di trattazione o eventualmente a quella fissata per la conciliazione), senza però configurare come obbligo il rilievo d'ufficio del giudice e non sanzionandone perciò in alcun modo, l'inosservanza.

Si impone dunque ad avviso di Montesano, dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione, la necessità di un intervento adeguatore della legge alla Costituzione, e si augura che sempre alla luce di tale riforma costituzionale, la giurisprudenza modifichi il proprio orientamento incline a decidere le controversie applicando in totale libertà norme del tutto estranee al dibattito tra le parti, se ciò non avverrà, la Corte Costituzionale dovrà intervenire in materia con una sentenza interpretativa d'accoglimento, eliminando l'incostituzionalità.

Gli approfondimenti compiuti da Comoglio, riguardo le garanzie costituzionali del processo, hanno prodotto un rafforzamento del nucleo originario della teoria garantista: secondo l' autore "il contraddittorio sulle *questiones iuris*, e l'esigenza di qualsiasi sentenza a sorpresa o della terza via trovano nella garanzia del "giusto processo", relativamente all'art. 111 Cost. un autorevole e perentorio suggello"<sup>116</sup>. Dunque nella prospettiva delle garanzie costituzionali del "giusto processo" e dall' affermata inviolabilità del contraddittorio preventivo, sono derivate secondo Comoglio conseguenze di notevole risalto sistematico, tali da investire il giudice di un dovere costituzionale di osservanza diretta del contraddittorio e di responsabilità nella prevenzione delle decisioni a sorpresa<sup>117</sup>.

In sintesi il fondamento della teoria garantista è la sanzione di nullità del provvedimento, in caso di inadempimento del giudice del rilievo e dell' indicazione immediata alle parti delle questioni rilevate d'ufficio affinché diventino oggetto del loro contraddittorio, dunque il mancato rispetto di tale rilievo, rappresentando un obbligo necessitato, o meglio un potere-dovere del

---

<sup>116</sup> COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino 2004, 71 e ss..

<sup>117</sup> COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Bologna 2006, 78.

giudice che scaturisce direttamente da norme costituzionali, comporterebbe la nullità della decisione<sup>118</sup>.

#### 6. La contrapposizione della teoria sostanzialista<sup>119</sup>.

L' art. 111 Cost. consente, o forse impone, letture diverse. Secondo il principale sostenitore della teoria sostanzialista Chiarloni : "il processo è giusto nella misura in cui sia strutturato in modo da garantire nei limiti del possibile la giustizia del risultato"<sup>120</sup>. Dunque il "giusto processo" è quello che tende alla sentenza "giusta". Del resto anche il principio della ragionevole durata ha a che fare con la giustizia della decisione<sup>121</sup>, ed impone al giudice di non porre in essere comportamenti contrari ad una sollecita definizione del processo, tra i quali quelli che comportano un inutile dispendio di energie processuali e formalità superflue, in quanto non giustificate dalla struttura dialettica del processo e dall' effettivo rispetto del principio del contraddittorio a garanzia del diritto di difesa ex art. 24 Cost., e del diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità ex art. 111 Cost. .

Da qui nasce certamente la necessità di una rilettura degli istituti che riguardano il processo, per verificarne la coerenza con la direzione tracciata dal costituente, del principio del contraddittorio, ma anche della ragionevole durata e della "decisione giusta". Il rispetto dei suddetti principi impone una verifica della ragionevolezza della procedura, della sua coerenza a criteri di efficacia dello *iurisdicere*, evitando interpretazioni che giustifichino formalismi inutili in relazione alle effettive garanzie di difesa.

Prendendo in considerazione il problema delle sentenze "di terza via" e attribuendo assoluta preminenza ai connotati di giustizia della decisione, il modello ermeneutico che impone di ricercare la giustizia dell'attività giurisdizionale nella "sentenza giusta" sembra rimandare ad una concezione

---

<sup>118</sup> COMOGLIO, *Terza via e processo giusto*, in *Riv. Dir. Proc.* 2006 , 762.

<sup>119</sup> Le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali antecedenti alle riforme dell' art 384 comma 3° e 101 comma 2° c.p.c. saranno ampiamente analizzate nella terza parte della presente indagine, in questa sede vengono trattate solo alcune elaborazioni dottrinali esemplificative dell' impatto tra "giusto processo" e decisioni a sorpresa.

<sup>120</sup> CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali , giustizia della decisione*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.* 2008, 145.

<sup>121</sup> ID., *Giusto processo, garanzie processuali , giustizia della decisione*, cit., 146.

sostanzialista dell'idea di giustizia, caratterizzata dall' assenza di principi di giustizia procedurale e dal convincimento che la qualità di un procedimento dipenda esclusivamente dalla bontà del suo risultato. Il paradigma in questione, infatti, assume che esista un' equa soluzione della controversia che, nel caso concreto, può essere considerata "giusta" e che sia compito del giudice arrivare ad adottarla, anche indipendentemente dal formale rispetto di un procedimento razionale predeterminato, che ha senso solo in quanto "viatico tendenziale" per il raggiungimento di quel concreto risultato "giusto". In questa prospettiva, le condizioni di giustizia dell'agire del giudice riposano, eminentemente, nel suo risultato finale. Dunque questa concezione esclusivamente sostanzialista della giustizia pone l'accento sulla "giustizia della decisione", prescindendo dal fatto che l'attuazione piena del contraddittorio sulle questioni che costituiscono il fondamento della decisione sia o meno avvenuto, e considera la questione delle sentenze di "terza via" come elemento rilevante solo ed esclusivamente nella misura in cui determinano un' ingiustizia della decisione. Difatti secondo la teoria sostanzialista, pur dovendosi riconoscere l' obbligo del giudice di sottoporre al contraddittorio delle parti le questioni rilevate d'ufficio, non si avrebbe la nullità della sentenza in caso del suo inadempimento; si dovrebbe optare per la nullità solo nel caso in cui il rilievo "a sorpresa" abbia determinato l' apertura a sviluppi della lite fino a quel momento non considerati, impedendo effettivamente alle parti l' esercizio del diritto di difesa<sup>122</sup>. Qualora la questione non dibattuta sia stata correttamente decisa dal giudice, appare criticabile la prospettiva di consentirne l' annullamento per violazione del contraddittorio, poiché costituirebbe indice di un atteggiamento formalistico nell'interpretazione delle garanzie costituzionali, che finirebbe per premiare gli intenti dilatori della parte che ha torto<sup>123</sup>, andando in tal modo a contrastare il principio costituzionale della ragionevole durata del processo contenuto nell' art. 111 comma 2° Cost..

L'inosservanza del giudice del dovere di stimolare la previa discussione delle parti su questioni rilevabili officiosamente, coinvolgendo soltanto profili appartenenti "al patrimonio del comune sapere di tutti i soggetti del processo", non coinvolge il

---

<sup>122</sup> CHIARLONI, *Questioni rilevabili d' ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1987, 575.

<sup>123</sup> ID., *Questioni rilevabili d' ufficio*, loc. cit..

principio del contraddittorio ma solo il principio di reciproca collaborazione del giudice con le parti per garantire una leale condotta processuale e dunque di per sé non può produrre l' automatica sanzione di nullità della sentenza<sup>124 125</sup>.

Secondo Ricci<sup>126</sup> la questione rilevabile d' ufficio su cui si fonda la sentenza di "terza via" non riguarda la validità o la nullità della decisione, ma la sua giustizia o ingiustizia. La segnalazione, da parte del giudice, delle questioni rilevabili d'ufficio è correlata ad un dovere di collaborazione con le parti, concretizzandosi in un'attività di stimolo nei confronti dei difensori. Ricci propone dunque, un'interpretazione del contraddittorio in termini diversi da quelli di garanzia del diritto di difesa: "Il contraddittorio è anche lo strumento, mediante il quale – attraverso la composizione dialettica tra tesi diverse – si persegue il fine di una decisione fondata sulla più plausibile ricostruzione dei fatti e su una corretta diagnosi *in iure*; ed in tanto il contraddittorio adempie la sua funzione in quanto le parti esercitino effettivamente la loro facoltà di interloquire. Avendosi di mira la giustizia della futura decisione , il contraddittorio come garanzia non basta più: occorre che le parti si avvalgano delle loro facoltà; e proprio per questo la legge prevede che il giudice, prima di rassegnarsi ad affrontare e risolvere da solo la questione rilevabile d'ufficio, faccia il possibile per stimolare il dibattito"<sup>127</sup>. In questo modo la sanzione della nullità, qualora il giudice non stimolasse il contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio, sarebbe certamente eccessiva perché non assisteremmo ad una lesione del contraddittorio, inteso come garanzia

---

<sup>124</sup> ID., *Questioni rilevabili d' ufficio*, cit., 578.

<sup>125</sup> Lungo la direttrice della teoria sostanzialista sembra collocarsi la giurisprudenza della Corte costituzionale, che con la sent. n.321/2007 precisa che "il sistema processuale, posto che l'esigenza di soddisfare il contraddittorio attiene alla tutela di diritti fondamentali, modella il diritto di replica in funzione di tale esigenza, avendo presente non un contraddittorio astratto e puramente ipotetico ma quello che attraverso le deduzioni delle parti viene in concreto a delinearsi come correlativo allo specifico oggetto della controversia". Questa linea interpretativa consente già di anticipare qualche riflessione sulla rilevanza dell'omesso contraddittorio, se il principio del contraddittorio tutela il diritto delle parti di concorrere con la loro attività difensiva alla decisione della lite che sia anche una decisione giusta, partecipata, ossia fondata sul dialogo trilaterale tra attore, convenuto e giudice, la carenza del contraddittorio rileverà quando sussista la "causalità del vizio", ossia il concreto pregiudizio per la parte soccombente. Viceversa, la mancata attuazione del contraddittorio sarà inutilmente invocata quando la parte non riesca a dimostrare quali istanze istruttorie e allegazioni difensive non ha avuto modo di sviluppare, per la mancata attivazione del dialogo .

<sup>126</sup> RICCI, *La sentenza della "terza via" e il contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 750 e ss..

<sup>127</sup> ID, *La sentenza della " terza via"*, cit., 752.

di difesa, ma del contraddittorio inteso come strumento per giungere ad una più plausibile ricostruzione dei fatti e una corretta diagnosi *de iure*<sup>128</sup>.

La dottrina e la giurisprudenza hanno subito colto le implicazioni che la garanzia costituzionale del “giusto processo” ed in particolare dei principi del contraddittorio e dell'imparzialità del giudice pongono in relazione alle decisioni “a sorpresa”, ma non assumono posizioni univoche nel trarne le conseguenze, in particolare le posizioni della dottrina prevalente richiamandosi, da una parte al “giusto procedimento in contraddittorio” e, dall'altra alla “sentenza giusta”, lasciano intravedere diverse distinte concezioni dell'idea di giustizia che a ciascuna di esse è sottesa.

#### *7. Una soluzione alternativa: il modello strumentale di giustizia procedurale*<sup>129 130</sup>.

Sia pur con tutte le cautele necessarie, si può affermare che entrambe le teorie (garantista e sostanzialista) fondate su due contrapposti modelli ermeneutici, sono suscettibili di varie critiche e sono insufficienti, nella loro absolutezza, ad esaurire le problematiche più complesse connesse con il problema delle sentenze di “terza via”<sup>131</sup>.

Da un lato, la teoria garantista, rischia di cadere nel circolo vizioso che consiste nel considerare *a priori* come giusta qualunque decisione che derivi da un processo

---

<sup>128</sup> ID, *La sentenza della “terza via”*, cit., 753,754.

<sup>129</sup> Le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali antecedenti alle riforme dell' art 384 comma 3° e art. 101 comma 2° c.p.c. sono ampiamente analizzate nella terza parte della presente indagine, in questa sede sono trattate solo alcune elaborazioni dottrinali esemplificative dell' impatto tra “giusto processo” e sentenze della “terza via”.

<sup>130</sup> Il modello strumentale di giustizia procedurale (ricavato da elaborazioni di teorie della giustizia proposte da alcuni autori internazionali di spicco di filosofia politica e del diritto, quali ROHL, SOLUM, RAWLS) viene proposto per l' individuazione di linee guida per l' elaborazione di un' interpretazione sistematica, sufficientemente strutturata per il conseguimento di una decisione sostanzialmente “giusta” (in ossequio alla disciplina dell' art. 111 Cost.), e nel contempo adeguatamente soddisfacente, per le esigenze di attuazione del contraddittorio delle parti sulla dibattuta tematica delle questioni rilevate d' ufficio, in base all' indagine motivatamente condotta da GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la “scommessa aperta” dell' ordinamento processuale*, in TARUFFO (a cura di), *Il processo civile riformato*, Torino, 2010, 98 e ss.. Per approfondimenti: ROHL, *Procedural Justice*, 1997; SOLUM, *Procedural Justice*, University of San Diego, 2004.

Tale modello strumentale di giustizia procedurale sarà adeguatamente approfondito nella terza parte della presente indagine.

<sup>131</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c.*, cit., 98 e ss..

che assicuri l'attuazione delle garanzie costituzionali, tra cui il contraddittorio, conferendo un livello minimo e irrinunciabile di correttezza del processo, difatti costantemente si possono produrre decisioni sostanzialmente ingiuste, perché il giudice sbaglia nell'interpretare o applicare la legge o perché si verificano errori nell'accertamento dei fatti, o per una varietà di altre ragioni<sup>132</sup>.

Il limite di questa impostazione, è dunque quello di arrestarsi alle connotazioni della procedura senza andare oltre, affermando che la presenza di garanzie e di regole di correttezza del procedimento sia condizione non solo necessaria ma anche sufficiente per la giustizia del processo<sup>133</sup>.

Da un altro lato, la teoria sostanzialista valorizza le caratteristiche qualitative e sostanziali della decisione, ma lo fa in modo riduttivo, svalutando completamente il rapporto tra il procedimento e il risultato che dallo stesso scaturisce; la qualità della decisione prevale in ogni caso sulla pienezza dell'attuazione delle garanzie processuali, quasi che la piena attuazione del contraddittorio o la sua mancanza possano essere elementi sostanzialmente irrilevanti qualora rimanga ferma la giustizia e correttezza della decisione finale<sup>134</sup>.

Probabilmente entrambe le teorie propongono livelli corretti ma parziali di lettura del problema e mettono in evidenza profili che forse dovrebbero essere fusi e compenetrati perché si possa comporre un quadro più completo.

La decisione a sorpresa, in quanto viola il diritto di difesa, compromettendo il contraddittorio tra le parti, è una decisione non soltanto scorretta sotto il profilo dei principi fondamentali e delle regole che informano l'ordinamento processuale, ma è altresì “potenzialmente” scorretta e ingiusta sotto il profilo del suo contenuto sostanziale, valutato secondo parametri qualitativi<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> ID., *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit., loc. cit.*

<sup>133</sup> RAWLS introduce una tripartizione (tale tripartizione sarà meglio approfondita nella terza parte della presente indagine) mettendo a punto tre modelli generali di giustizia procedurale (modello procedurale puro, perfetto e imperfetto), la teoria garantista è ascrivibile ad una concezione di giustizia procedurale pura, rispetto alla quale non si dispone di un criterio indipendente ex ante per giudicare l' equità di un esito, fatta eccezione per la correttezza nell' applicazione della decisione stessa. Nel contesto giuridico non esiste un risultato giusto prima e fuori dal processo, ma si può addivenire ad esso proprio attraverso un “giusto processo” in contraddittorio. RAWLS, *A theory of Justice*, Cambridge, Ma, 1971, trad. it. *Una teoria della giustizia*, a cura di SANTINI e MAFFETTONE, Milano, 2008, 96 e ss.

<sup>134</sup> GAMBA, *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 98 e ss..

<sup>135</sup> ID., *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

Se in linea di principio è vero che il diritto di difesa e l'esercizio del potere decisorio possono apparire contrastanti l'uno con l'altro, tale contrapposizione, radicata nell'elaborazione tradizionale di queste teorie, sembra non riuscire a cogliere con completezza le varie sfaccettature del problema delle sentenze a sorpresa, rispetto al quale, pare che sia più confacente un'ottica di complementarità e compenetrazione dei diritti e dei poteri che fanno capo, rispettivamente, alle parti e al giudice<sup>136</sup>.

A questo riguardo si rende necessario trovare una soluzione alternativa che possa coniugare i pregi delle tesi analizzate, colmando per quanto possibile i limiti che in esse si rilevano, e l'elaborazione interpretativa che meglio si addice a conferire una risposta è il modello strumentale di giustizia procedurale<sup>137</sup>, dato che si presta in modo particolare a mettere in diretta correlazione il parametro generale del "giusto processo" non soltanto con il processo che assicuri l'attuazione delle garanzie minime della Costituzione ma anche con il processo che permetta di addivenire a decisioni che siano qualitativamente "giuste". In questo senso si può affermare che il processo è "giusto" se conduce, nel rispetto delle garanzie fondamentali, alla produzione di decisioni conformi ai canoni di giustizia<sup>138</sup>. In tal modo le garanzie, oltre che presidio della correttezza del procedimento sono, al contempo, strumentalmente e funzionalmente collegate alla produzione di una "giusta decisione"<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, loc. cit..

<sup>137</sup> Tale modello mette in primo piano i caratteri del procedimento e contemporaneamente i risultati che da esso scaturiscono, creando una correlazione tra gli uni e gli altri. Fornisce dunque un quadro più completo perchè guarda sia agli elementi della procedura sia intese come condizioni necessarie di regolarità del procedimento (le garanzie di difesa, di contraddittorio e le regole ordinarie che ne costituiscono attuazione), sia come strumenti per il raggiungimento di determinati fini, identificabili in decisioni sostanzialmente "giuste".

<sup>138</sup> TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 99 e ss., 116 e ss., 122 e ss., 196 e ss., di contraria opinione CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un recente libro di Michele Taruffo)*, in *Riv.Dir. Proc.* 2010, 1 e ss..

<sup>139</sup> Probabilmente una concezione puramente strumentale della giustizia procedurale non è applicabile al processo civile, a causa dei margini irriducibili di errori e di fattori imprevedibili determinati da tempo e costi, perciò si dovrà ricorrere ad un modello procedurale imperfetto strumentale di giustizia procedurale, secondo cui potrà definirsi "giusto" quel processo che, in un tempo ragionevole e con un buon margine di approssimazione garantisca un procedimento corretto, un accertamento il più veritiero dei fatti e la corretta applicazione della legge. Decisioni ingiuste saranno accettabili solo se dovute ai limiti intrinseci della procedura.

Il contraddittorio costituisce il punto di equilibrio delle garanzie offensive e difensive delle parti, il mezzo principale di esplicazione della garanzia di difesa, ma sotto un altro punto di vista rappresenta lo strumento d'elezione per l'accertamento dialettico della verità dei fatti controversi e per l'individuazione della corretta regola giuridica di risoluzione della controversia, quindi lo strumento per il conseguimento di un "giusto" provvedimento di tutela<sup>140</sup>. A questo riguardo le regole di attivazione del contraddittorio, calate nel contesto della struttura generale dell'ordinamento processuale e dei principi che ne informano il funzionamento, oltre a dare attuazione ad una garanzia costituzionale incompressibile, sono strumenti finalizzati a consentire che il processo produca decisioni giuste<sup>141</sup>.

**8. Le novelle del 2006 e 2009: l'art. 384 comma 3° e l'art. 101 comma 2° c.p.c.<sup>142</sup>**

Le tesi di Montesano in qualche modo anticipano quelli che saranno i successivi interventi legislativi. Innanzitutto la novella del 2006 interviene sul processo di Cassazione, con il D.Lgs. 2 febbraio 2006 n.40 introducendo l'art 384 comma 3° c.p.c. : "Se (il giudice) ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione". Tale disposizione trova la sua applicazione particolarmente "nel caso in cui la Corte ritenga di poter pronunciare anche un giudizio sostitutivo"<sup>143</sup>, dovendo così invitare le parti ad assumere posizione sulle questioni rilevate officiosamente, ma tale previsione non deve essere interpretata restrittivamente come limitata alle sole ipotesi in cui la Cassazione decida nel merito, dato che tale disciplina essendo stata collocata tra i principi fondamentali del processo deve improntarne tutto il suo contenuto<sup>144</sup> <sup>145</sup>. Difatti la legge 18 giugno 2009 n. 69 è

---

<sup>140</sup> COMOGLIO, «Terza via» e «processo giusto», cit., 759.

<sup>141</sup> GAMBA, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, cit., 98 e ss..

<sup>142</sup> Questi argomenti saranno ampiamente analizzati nella terza parte della presente indagine.

<sup>143</sup> CECHELLA, *Il processo civile dopo vent'anni di riforme*, Milano, 2010, 543.

<sup>144</sup> BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2° C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 414 e in *Judicium.it*

<sup>145</sup> Cass. 7 luglio 2009, n. 15901.



intervenuta sulle disposizioni generali del processo, sugli effetti dell'omissione del giudice che, senza il previo contraddittorio delle parti, abbia fondato la sua decisione su una questione rilevata d'ufficio. Dispone, infatti, il secondo comma dell'art. 101 c.p.c.<sup>146</sup> : "Se (il giudice) ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione", la nuova disposizione riproduce così, quasi specularmente, per il giudizio di merito, quanto previsto per il giudizio di Cassazione dall'art. 384 c.p.c..

Delle questioni rilevabili d'ufficio, tratta pure l'art 183 c.p.c. che, al comma 4°, dispone che, nell'udienza di prima comparizione/trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma (su istanza di parte, per esperire il tentativo di conciliazione), "il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione", senza prevedere, tuttavia, alcuna sanzione nel caso di omessa instaurazione del contraddittorio sul rilievo officioso. L'obbligo da parte

---

<sup>146</sup> Introdotto dall'articolo 45, comma 13, l. 18 giugno 2009, n. 69, applicabile ai giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della legge. Si vedano, in merito, i commenti di CONSOLO - GODIO, in CONSOLO-DE CRISTOFARO, *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009, 'sub' articolo 101*, Milano, 2009; SASSANI - TISCINI, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile, 'sub' art. 101*, a cura di SASSANI - SALETTI, Torino, 2009; RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, 21; GIORDANO, in GIORDANO - LOMBARDI, *Il nuovo processo civile. Commento organico alla legge di riforma del processo civile*, Roma, 2009, 151 ss.; MANDRIOLI - CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 31; BOVE - SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, 40; PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 221; FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, V, 264; BEATRICE, *Principio del contraddittorio*, in *Nuovo processo civile, Il civilista*, Milano, 2009, 20; CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, 61; BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Judicium.it*; BALENA, *Onere di contestazione delle avverse pretese*, in *Guida al dir.*, 2009, 110; VERDE, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2010, 101; BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio nel rapporto tra parti e giudice*, in *Judicium.it*; LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Judicium.it*; COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 1012 e ss.; GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della 'terza via'*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 826 e ss.. Va precisato che il disposto in commento ricalca progetto di riforma dell'art. 101 c.p.c., inserito nel recente d.d.l. Mastella, su cui CAPPONI, *Trattazione della causa, ruolo del giudice, cultura del contraddittorio nel d.d.l. Mastella sulle «Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile»*, in *Judicium.it*.

del giudice, si fa risalire al dovere di collaborazione con le parti, intrinseco nella sua posizione di terzietà e nel corretto svolgimento del principio del contraddittorio nel giusto processo<sup>147</sup>.

Sulla base di una lettura correlata dell'art. 101 comma 2° c.p.c. con l'art 183 comma 4° c.p.c., si deduce che a norma dell'art. 183 c.p.c. comma 4° il giudice deve indicare alle parti, nel corso della prima udienza, le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione, allo scopo evidente di stimolare le parti a formulare richieste istruttorie che tengano conto anche dei rilievi officiosi, se tuttavia però ciò non avvenga in quella sede, il giudice può, a norma dell'art. 101 c.p.c. comma 2°, al momento della decisione, assegnare alle parti un termine da venti a quaranta giorni, per permettere loro di contraddire e difendersi, sulla questione rilevata officiosamente, una sanzione di nullità, consacra definitivamente l'obbligatorietà del previo contraddittorio delle parti su qualsiasi "questione" (di fatto o di diritto), mai discussa dialetticamente dalle medesime, che il giudice (nel momento della decisione) abbia rilevato d'ufficio e intenda porre a fondamento della pronunzia finale. Ovviamente qualora il giudice si avveda di una questione dopo l'udienza di trattazione può, o meglio deve, stimolare il contraddittorio, in ogni fase, senza attendere il momento della decisione. Più esattamente, deve ritenersi che fisiologicamente il rilievo delle questioni officiose debba intervenire nell'udienza di prima comparizione/trattazione, tanto in primo grado quanto in appello (quando è il giudice di secondo grado a rilevare la questione, nei limiti in cui non si sia formato il giudicato). Lo strumento introdotto dal novellato art. 101 c.p.c. comma 2°. ha dunque natura sussidiaria ed auspicabilmente eccezionale, in quanto è destinato ad operare solo in caso di tardiva rilevazione da parte del giudice della questione officiosa, favorendo la collaborazione tra giudice e parti, l'art. 101 comma 2° c.p.c. si pone dunque in continuità ideale con gli altri disposti menzionati, nel tentativo di avvicinare il processo al suo modello costituzionale, salvaguardando l'uguaglianza sostanziale delle parti, si preserva il diritto di difesa e con questo la garanzia di verità a tutela delle parti. La decisione solitaria sulle questioni rilevate officiosamente andrebbe ad impedire lo svolgimento delle attività processuali di allegazione e prova

---

<sup>147</sup> Cass., Sez. III, 31 ottobre 2005, n.21108.

andando così a minare la parità delle armi, agevolando la posizione dell'una o dell'altra parte e rischiando di allontanare il processo da quella "giusta decisione"<sup>148</sup> che è il suo sbocco naturale e costituzionalmente necessitato.

Poiché la norma coinvolge i principi generali del processo, è fondamentale considerare che l'art. 101 comma 2° c.p.c. ha un legame diretto in quanto costituente espressione e attuazione di alcune disposizioni costituzionali di fondamentale importanza, tanto è vero che si può affermare che dalle logiche del dialogo e dagli studi sulla "giusta decisione" delle cause, si siano creati i presupposti per la formulazione del nuovo comma 2° dell' art 101 c.p.c.<sup>149</sup>. La regola che impone al giudice di mettere le parti in condizione di dedurre in merito alle questioni rilevate d' ufficio poste a fondamento della decisione, si iscrive nell' attuazione del principio del contraddittorio e delle garanzie fondamentali del processo che, secondo quanto prevede la Costituzione, deve essere informato al parametro della giustizia. Diviene quindi fondamentale riferirsi costantemente ai principi del "giusto processo" relativamente ai commi 1° e 2° dell'art. 111 Cost. riformato, per compiere una rilettura degli istituti processuali, al fine di verificare se le opzioni ricostruttive adottate siano compatibili con tali principi. La regola espressa dalla nuova disposizione normativa dell'art. 101 comma 2° c.p.c., nella misura in cui costituisce attuazione del principio costituzionale del contraddittorio, va costruita alla luce dei principi costituzionali in materia di contraddittorio: riletto, quest'ultimo, quale caratteristica fondamentale tra le altre, di un processo che deve integrare i requisiti di giustizia.

---

<sup>148</sup> Si vedano: TARUFFO, *La semplice verità*, cit.; ID., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 476; CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, cit., 144.

<sup>149</sup> Si vedano: CAVALLONE, *In difesa della 'veriphobia'*, cit., 1 e ss.; TARUFFO, *Contro la 'veriphobia'. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 995 e ss.; ID., *La semplice verità* cit.; ID., *Poteri probatori delle parti*, cit., 476; ID., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice*, a cura di BESSONE, Torino 1997, 139;

**PARTE II**  
**IL CONTRADDITTORIO DELLE PARTI RISPETTO ALL'INIZIATIVA DEL GIUDICE**  
**NELLA FASE PROCESSUALE ISTRUTTORIA.**

CAPITOLO 1) I POTERI DEL GIUDICE: QUESTIONI ED ECCEZIONI RILEVABILI D'UFFICIO.

**Sommario:** *1. Le questioni rilevabili d'ufficio; 2. Le questioni di fatto rilevabili d'ufficio e la tematica dei fatti avventizi; 3. Le questioni di diritto rilevabili d'ufficio; 4. Le questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito rilevabili d'ufficio; 5. Le eccezioni rilevabili d'ufficio; 6. La distinzione tra questioni rilevabili d'ufficio ed eccezioni rilevabili d'ufficio; 7. La distinzione tra eccezioni rilevabili d'ufficio (eccezioni in senso lato) ed eccezioni rilevabili dalle parti (eccezioni in senso stretto) nell'interpretazione dottrinale; 8. Segue. La distinzione tra eccezioni rilevabili d'ufficio (eccezioni in senso lato) ed eccezioni rilevabili dalle parti (eccezioni in senso stretto) nell'applicazione giurisprudenziale; 9. Segue. Le incertezze sulla classificazione delle eccezioni dalla rilevanza non predeterminata dal legislatore; 10. Le eccezioni rilevabili d'ufficio nel processo di appello.*

*1. Le questioni rilevabili d'ufficio.*

Lo scopo di questo capitolo è quello di ben inquadrare alcune nozioni chiave che saranno oggetto di approfondimento e di particolare attenzione nelle pagine successive della presente indagine, come la tematica delle questioni ed eccezioni rilevabili dal giudice, che costituiscono una esplicazione del potere officioso.

I poteri del giudice possono essere esercitati su istanza di parte oppure d'ufficio<sup>150</sup>; in alcuni casi infatti il giudice decide le questioni poste alla sua attenzione sulle richieste delle parti, dando torto o ragione ad uno dei litiganti, e decidendo tra più pretese quale è quella conforme alla legge, fermo il principio *iura novit curia*; in altri contrariamente assume invece le sue decisioni a prescindere dalle richieste delle parti ponendo in essere l'atto in via officiosa, o comunque oltre i tradizionali principi processuali della domanda, di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e dispositivo, quest'ultimo tipo di "potere del giudice" è quello che va oltre la volontà delle parti e/o ne prescinde<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996.

<sup>151</sup> Per approfondimenti RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. Proc.*, 1974, 382 e ss.; CAVALLONE, *Crisi delle "Maximen" e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. Proc.*, 1976, 678 e ss.; CAPPELLETTI, *Principi*

Il giudice, da un punto di vista generale, può introdurre nel processo nell' esplicazione dei suoi poteri questioni rilevabili d' ufficio relative a:

- a) fatti immediatamente rilevanti (esclusi i fatti costitutivi identificatori del diritto, oggetto del processo, e le eccezioni in senso stretto), oppure rilevanti solo in via indiretta (fatti secondari)<sup>152</sup>;
- b) norme, relativamente alla loro individuazione, relativamente la loro interpretazione (Rechtsauslegung), oppure relativamente alla loro applicazione ai fatti (Rechtanwendung)<sup>153</sup>.

Dunque sulla base di questa schematizzazione si possono distinguere questioni di diritto, questioni di fatto, e questioni miste (di fatto e di diritto), talvolta il dovere del giudice di sollecitare il contraddittorio è circoscritto soltanto ad alcune di tali questioni (ad es., alle questioni di fatto o miste), escludendolo per altre (ad es., le questioni di diritto). La medesima distinzione può farsi anche per le questioni di rito<sup>154</sup>.

Le questioni di diritto sono relative all' individuazione ed all' interpretazione della norma sotto cui sussumere la fattispecie concreta dedotta in giudizio in modo difforme dalle parti<sup>155</sup>.

Le questioni di fatto sono relative a fatti costitutivi, concorrenti o alternativi rispetto a quelli su cui si è basato l' attore nella citazione, oppure devono essere fatti impeditivi modificativi estintivi che non sono stati fatti valere nella comparsa di risposta e la cui efficacia non è subordinata all' intermediazione necessaria dell'esercizio di un potere di parte<sup>156</sup>. Tali fatti però devono emergere dagli atti o dalle risposte date alle parti in sede di interrogatorio libero, oppure provenire da produzioni di parte, magari essere introdotti nel corso del giudizio tramite mezzi di prova acquisiti o consulenze tecniche, oppure essere fatti notori ai quali il giudice può ricorrere senza violare il principio del divieto di utilizzazione del proprio sapere privato<sup>157</sup>.

---

*fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Giur. it.*, 1968, 16 e ss.

<sup>152</sup> LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Judicium.it*.

<sup>153</sup> ID., *Poteri*, loc. cit..

<sup>154</sup> ID., *Poteri*, loc. cit..

<sup>155</sup> PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 90.

<sup>156</sup> ID., *Lezioni*, loc. cit..

<sup>157</sup> ID., *Lezioni*, loc. cit..

La distinzione tra questioni di diritto e di fatto si può avere solo *ex post*, una volta che il giudice, segnalate alle parti le questioni rilevate d'ufficio, queste replicheranno in concreto sollevando profili di fatto o di diritto, dato che il comportamento del giudice che rileva la questione deve sempre essere lo stesso: segnalare la questione alle parti ed attendere le loro osservazioni<sup>158</sup>.

Dunque solo all'esito delle repliche delle parti potrà sapersi se la questione rilevata di ufficio sia una questione di diritto (perché le parti solleveranno solo profili di interpretazione e/o applicazione della norma) oppure di fatto (perché le parti solleveranno profili attinenti all'esistenza del fatto storico rilevante o addurranno fatti impeditivi dell'effetto)<sup>159</sup>.

Le questioni di rito sono attinenti al processo relativamente al suo aspetto formale, relativamente alla verifica dell'esistenza dei presupposti processuali (quali la legittimazione processuale, la capacità, la presenza delle condizioni dell'azione, giurisdizione, competenza, carenza di legittimazione ecc.), la cui presenza comporta e permette la prosecuzione del processo e che deve essere valutata prima di ogni altra questione; il giudice non va ad accertare i fatti come richiesto dalle parti, non entra nel merito della questione, ma bensì decide su questioni meramente processuali-procedurali attinenti alla valida instaurazione e prosecuzione del processo.

Il legislatore per indicare le questioni di rito usa il termine "questione pregiudiziale di rito", e con il termine "questione preliminare di merito" ha inteso far riferimento ad ogni questione rilevante ai fini dell'esistenza del diritto, ricomprendendo in tale termine sia le questioni pregiudiziali di merito (relative ai fatti-diritti) ex art. 34 c.p.c., sia le questioni di merito attinenti a meri fatti. La diversa dizione rispetto all'art. 34 c.p.c. che per questione pregiudiziale intende le sole questioni di merito relative a veri propri rapporti giuridici (fatti-diritti), è una conseguenza logica del fatto che l'art. 34 c.p.c., riferendosi ai limiti oggettivi del giudicato riguarda unicamente le questioni che possono costituire oggetto del giudicato, mentre gli art. 187 c.p.c. e 279 c.p.c. inerenti a un problema di svolgimento del processo, di mera meccanica processuale, hanno un ambito di

---

<sup>158</sup> LUISO., *Poteri*, cit..

<sup>159</sup> ID., *Poteri*, cit..

applicazione assai più ampio<sup>160</sup>. Le questioni pregiudiziali di rito sono tali da esser esaminate prima delle questioni pregiudiziali di merito in quanto queste ultime possono essere vagliate solo qualora il processo sia validamente instaurato o proseguito<sup>161</sup>.

Le questioni pregiudiziali di rito vengono accostate allo stesso piano delle questioni preliminari di merito, visto che hanno la prerogativa di essere idonee a definire il giudizio e di essere oggetto di una delle pronunce contemplate dall' art. 279 n. 1), 2), 4) c.p.c., ossia pronunce che assumono autonomia formale in sede di decisione della causa e possono esaurire il contenuto della sentenza in modo definitivo o parziale<sup>162</sup>.

Alla nozione di questione rilevata d' ufficio, da sottoporre previamente al contraddittorio delle parti per poterla porre a fondamento della decisione, può esser data un' ampiezza quasi nulla come nel caso delle questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito, oppure un' ampiezza onnicomprensiva, qualora si prenda in considerazione un argomento di prova, la qualificazione di un fatto come pacifico o notorio, a prescindere che il suddetto fatto sia già stato oggetto di discussione tra le parti<sup>163</sup>.

## *2. Le questioni di fatto rilevabili d' ufficio e la tematica dei fatti avventizi.*

Come anticipato le questioni di fatto sono relative a fatti costitutivi, concorrenti o alternativi rispetto a quelli su cui si è basato l' attore nella citazione, oppure fatti impeditivi, modificativi, estintivi che non sono stati fatti valere nella comparsa di risposta, la cui efficacia non è subordinata all' esercizio di un potere di parte<sup>164</sup>. In pratica si tratta di fatti che siano immediatamente rilevanti (tranne i fatti che identificano il diritto oggetto del processo e le eccezioni in senso stretto) o fatti secondari che siano rilevanti in via indiretta<sup>165</sup>. E' di fondamentale importanza che il giudice non faccia ricorso nel processo del proprio sapere privato, eccetto quanto

---

<sup>160</sup> PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 118-119.

<sup>161</sup> ID, *Lezioni*, cit., 119.

<sup>162</sup> DENTI, *Questioni rilevabili d' ufficio e contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, 220 e ss..

<sup>163</sup> BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101 comma 2° c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 404.

<sup>164</sup> PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 99.

<sup>165</sup> LUISO, *Poteri*, cit..



previsto per i fatti di notorietà generale rientranti nella comune esperienza ex art. 115, perciò gli è vietata l'individuazione di fatti che non sono in nessun modo emersi dagli atti, produzioni probatorie delle parti o c.t.u o risposte scaturite dall'interrogatorio libero; il giudice, ex art 112 c.p.c., non può rilevare fatti costitutivi che individuano il diritto oggetto del processo e fatti impeditivi, estintivi, modificativi su cui possono fondarsi eccezioni in senso stretto.

I fatti che risultano dagli atti del processo e che sono rimasti silenti, poiché nell'arco del processo non sono stati invocati, né giuridicamente valorizzati dalle parti per sostenere l'accoglimento o il rigetto della domanda sono i cd. fatti avventizi<sup>166</sup>. Rientrano in tale categoria i fatti introdotti inconsapevolmente nel processo dalla parte, ad esempio risultanti da un documento prodotto in giudizio, o quelli che sono stati volontariamente e consapevolmente introdotti dalle parti, ma a cui non è stato attribuito alcun significato giuridico, o quelli acquisiti al processo non per diretta iniziativa delle parti, come ad esempio risultanze istruttorie, ma anche in questo caso non valorizzati dalle loro difese<sup>167</sup>. Si tratta dunque di fatti risultanti dagli atti del processo ma rimasti inerti per negligenza delle parti e tendenzialmente destinati a restare "in disparte" inutilizzati e non valorizzati, a meno che il giudice non li noti e li consideri rilevanti per la decisione, al fine di concedere o negare la tutela richiesta<sup>168</sup>.

Per quanto riguarda la modalità di ingresso di un fatto nel processo si può presentare:

- a) l'introduzione inconsapevole di un fatto risultante da un documento prodotto in giudizio come ad es. quietanza di pagamento;
- b) l'introduzione consapevole di un fatto che la parte ha indicato senza attribuirgli alcun significato giuridico;
- c) fatti introdotti nel processo non per diretta iniziativa delle parti, come ad esempio risultanze istruttorie, senza che ad essi sia attribuita qualche portata a fini difensivi dalle parti;
- d) fatti acquisiti legittimamente al giudizio e utilizzati dalle parti per fondare le proprie conclusioni al fine di ottenere la tutela richiesta;

---

<sup>166</sup> BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, cit.*, 405.

<sup>167</sup> ID., *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2001, 212 e ss..

<sup>168</sup> ID., *L'allegazione dei fatti, cit.*, 213.

Nei primi tre casi si riscontrano i cd. fatti avventizi, nell' ultimo caso invece essendo il fatto non inerte o lasciato in "disparte", ma valorizzato giuridicamente dalla parte che lo ha posto a fondamento delle sue "strategie processuali", richiama in tal modo il contraddittorio della controparte sull' allegazione medesima<sup>169</sup>.

Il problema da esaminare è se la valorizzazione giuridica di un fatto storico rimasto inerte nel processo, tramite rilievo da parte del giudice, possa costituire un' attività innovativa, tale che per essere ammissibile debba essere condizionata dal non provocare pregiudizio verso il diritto di difesa della controparte o di entrambe le parti<sup>170</sup>.

Ciò che conta in realtà è la proiezione dinamica del fatto, rapportato all' effetto giuridico che è stato richiesto, una volta che il fatto viene qualificato giuridicamente, diventando perciò rilevante per l' attribuzione o negazione della tutela richiesta, nasce l' esigenza difensiva della controparte e il rispetto del contraddittorio<sup>171</sup>. Tale fatto assume la definizione di *moyen*, ossia il fatto valorizzato giuridicamente, posto come una proiezione dinamica in collegamento con l' effetto giuridico richiesto, cioè la situazione sostanziale che si vuole ottenere per mezzo della pronuncia del giudice<sup>172</sup>.

Dunque affinché possa essere ammissibile un' attività innovativa, consistente in una valorizzazione giuridica, dei fatti avventizi rimasti silenziosamente "in disparte" nel processo, è necessario non pregiudicare il contraddittorio della parte contro la quale il fatto produce i suoi effetti in caso di rilievo officioso del giudice, in modo da consentirgli di replicare e controdedurre a garanzia del suo diritto di difesa, indipendentemente da una introduzione di tali fatti, consapevole o inconsapevole, o risultante dagli atti, non per diretta iniziativa delle parti<sup>173</sup>.

Inoltre nei fatti avventizi non opera la disposizione ex art. 115 c.p.c., poiché la parte non ha l' onere della specifica contestazione del fatto se non è giuridicamente valorizzato, quindi il giudice in caso di rilievo officioso dovrà sottoporlo al dibattito delle parti, anche al fine di salvaguardia della terzietà e imparzialità del giudice per non favorire una parte a danno dell' altra, e particolarmente la parte svantaggiata

---

<sup>169</sup> ID., *Il nuovo art. 101, cit.*, 405- 406.

<sup>170</sup> ID., *Il nuovo art. 101, cit.*, 405.

<sup>171</sup> ID., *Il nuovo art. 101, loc. cit.*.

<sup>172</sup> ID., *L' allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2001, 196.

<sup>173</sup> ID., *Il nuovo art. 101, cit.*, 405.

su cui si producono gli effetti di quel fatto rilevato d'ufficio, fatta eccezione per la qualificazione di fatti pacifici o notori che non costituiscono una questione rilevata d'ufficio da sottoporre al dibattito delle parti<sup>174</sup>.

### *3. Le questioni di diritto rilevabili d'ufficio.*

Le questioni di diritto sono relative all'individuazione, all'interpretazione oppure all'applicazione ai fatti della norma sotto cui sussumere la fattispecie concreta dedotta in giudizio, in modo difforme dalle parti<sup>175</sup>.

Si possono distinguere tra:

- 1) questioni di diritto che comportano una diversa rilevanza dei fatti storici dedotti, eventualmente rendendo rilevanti altri fatti non allegati (fare collegamento nota a sentenza)<sup>176</sup>;
- 2) questioni di diritto che non trovano base materiale in alcun fatto da riesaminare o apprezzare in modo diverso<sup>177</sup>.

Il giudice è sicuramente tenuto a sottoporre al contraddittorio delle parti il rilievo della questione di diritto, che comporta una diversa rilevanza dei fatti storici dedotti e l'acquisizione di rilevanza di fatti non dedotti, al fine di consentire alle parti una rimessione in termini per poter replicare<sup>178</sup>.

Nel caso in cui si tratti di un mezzo di puro diritto, quando la questione di diritto non implica la necessità di riesaminare fatti dedotti, né di rendere rilevanti fatti non dedotti, il contraddittorio delle parti su tale questione rappresenta una mera facoltà del giudice e non un dovere.

Una questione rilevata officiosamente che muta l'impostazione giuridica dei fatti definita dalle parti implica la necessità del riesame dei fatti dedotti e del materiale di causa sottoponendo la questione al dibattito delle parti, ad esempio nel caso di una questione di rito attinente alla regolarità degli atti anche se non si rendono rilevanti nuovi fatti<sup>179</sup>.

---

<sup>174</sup> ID., *Il nuovo art. 101, cit.*, 406.

<sup>175</sup> PROTO PISANI, *Lezioni, cit.* 99.

<sup>176</sup> BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, cit.*, 407.

<sup>177</sup> ID., *Il nuovo art. 101, loc.cit.*.

<sup>178</sup> ID., *Il nuovo art. 101, cit.*, 407-408.

<sup>179</sup> BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, cit.*, 408.

Però come già anticipato la distinzione tra questioni di diritto, di fatto o miste si può avere solo *ex post*, una volta che il giudice segnalate alle parti le questioni rilevate d'ufficio, queste replicheranno in concreto sollevando profili di fatto o di diritto<sup>180</sup>, dunque solo posteriormente sarà possibile stabilire se è mutata l'impostazione giuridica dei fatti dedotti e quindi sarà sufficiente compierne un riesame, o se acquistano rilevanza fatti nuovi non dedotti<sup>181</sup>.

Tuttavia una decisione della Cassazione, ha giustificato la mancata sottoposizione al contraddittorio delle parti della questione di diritto rilevata d'ufficio, poiché "l'esplicazione delle sue funzioni di giudice di legittimità anche attraverso la rilevazione di questioni di diritto rilevabili d'ufficio risponde alla genuina funzione della Corte di cassazione e, quindi, non può essere considerato come motivo di mortificazione del contraddittorio delle parti, che si sono rivolte alla Corte appunto per provocarne l'esercizio delle funzioni di nomofilachia ed erano abilitate esse stesse (o meglio quella che vi aveva interesse) a rilevare la questione d'ufficio"<sup>182</sup>.

Secondo un'altra decisione della Suprema Corte, pur sussistendo l'obbligo di sottoporre le parti al contraddittorio nel caso in cui assumano rilevanza diversa fatti già dedotti, non comporta la nullità della sentenza<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> LUISO, *Poteri, cit.*, in *Judicium.it*.

<sup>181</sup> BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, cit.*, 408.

<sup>182</sup> Cass. 7 luglio 2009 n. 15901 cit. in motivazione, riportata da BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, cit.*, 408: la Suprema Corte ha giustificato la mancata sottoposizione al contraddittorio delle parti della questione di diritto rilevata d'ufficio poiché "l'esplicazione delle sue funzioni di giudice di legittimità anche attraverso la rilevazione di questioni di diritto rilevabili d'ufficio risponde alla genuina funzione della Corte di cassazione e, quindi, non può essere considerato come motivo di mortificazione del contraddittorio delle parti, che si sono rivolte alla Corte appunto per provocarne l'esercizio delle funzioni di nomofilachia ed erano abilitate esse stesse (o meglio quella che vi aveva interesse) a rilevare la questione d'ufficio".

<sup>183</sup> Cass. 30 settembre 2009 n. 20935 in Rep. Foro it. 2009, 1723 : "Nel caso in cui il giudice esamini d'ufficio una questione di puro diritto, senza procedere alla sua segnalazione alle parti onde consentire su di essa l'apertura della discussione (cd. terza via), non sussiste la nullità della sentenza, in quanto (indiscussa la violazione deontologica da parte del giudicante) da tale omissione non deriva la consumazione di altro vizio processuale diverso dall'error iuris in iudicando ovvero dall'error in iudicando de iure procedendi, la cui denuncia in sede di legittimità consente la cassazione della sentenza solo se tale errore sia in concreto consumato: qualora invece si tratti di questioni di fatto, ovvero miste, di fatto e di diritto, la parte soccombente può dolersi della decisione, sostenendo che la violazione di quel dovere di indicazione ha vulnerato la facoltà di chiedere prove o, in ipotesi, di ottenere una eventuale rimessione in termini, con la conseguenza che, ove si tratti di sentenza di primo grado appellabile, potrà proporsi specifico motivo di appello solo al fine di rimuovere alcune preclusioni (specie in materia di contro-eccezione o di prove non indispensabili), senza necessità di giungere alla più radicale soluzione della rimessione in primo grado, salva la prova, in casi ben specifici e determinati, che sia stato realmente e irrimediabilmente vulnerato lo stesso valore del contraddittorio".

È possibile far una distinzione su queste ipotesi:

- 1) una questione di diritto che non muta l' impostazione giuridica su cui le parti hanno discusso ma si limita a rafforzare il convincimento del giudice;
- 2) una questione di diritto che muta l' impostazione giuridica dei fatti definiti dalle parti, rendendo necessario un loro riesame senza che siano resi rilevanti fatti nuovi;
- 3) una questione di rito relativa alla regolarità degli atti o del procedimento<sup>184</sup>.

Nel primo caso non è necessario che il giudice attribuisca la questione di diritto rilevata d' ufficio al dibattito delle parti, perché non viene introdotto un nuovo mezzo di diritto.

Negli altri due casi, pure se non si renda necessaria un' ulteriore allegazione di fatti e prove dei fatti, poiché la questione non rende rilevanti nuovi fatti non dedotti, la questione rilevata d' ufficio, deve essere ugualmente sottoposta al dibattito delle parti, poiché possano conoscere la diversa impostazione giuridica prescelta dal giudice, in modo tale che non vengano sorprese in sede di decisione, sebbene il principio di *iura novit curia* autorizzi il giudice a ricercare la corretta impostazione giuridica della situazione sostanziale dedotta in giudizio<sup>185</sup>.

Si manifesterebbe una violazione del diritto difesa e del principio del contraddittorio, qualora la proiezione dinamica della questione di diritto, ossia la norma di diritto evidenziata dal giudice, sia collegata con l' effetto giuridico richiesto, tale da inoltrare il contenzioso in un campo di indagine rimasto estraneo allo svolgimento del dibattimento<sup>186</sup>.

E' dunque necessario sottoporre al contraddittorio delle parti una nuova questione di diritto rilevata officiosamente, diversamente da come le parti avevano impostato i loro mezzi di attacco e difesa oppure nel caso in cui il giudice rilevi d' ufficio una questione di rito come ad esempio il difetto di legittimazione ad agire<sup>187</sup>.

Una strategia per eludere l' obbligo codificato (attualmente nell' art. 101 comma 2°) del contraddittorio è l'utilizzo del cd. "mezzo necessariamente nella causa" ossia l'ipotesi in cui la questione fa parte per natura al *thema decidendum* e perciò

---

<sup>184</sup> BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, cit.*, 408.

<sup>185</sup> ID., *Il nuovo art. 101, cit.*, 409.

<sup>186</sup> ID., *Il nuovo art. 101, loc. cit.*

<sup>187</sup> Cass. 10 agosto 2009, n. 18191.

manca qualsiasi effetto sorpresa nel rilievo officioso<sup>188</sup>. Tuttavia è stato osservato che “se per essere rilevato, un mezzo dev' essere qualificato necessariamente nella causa, è perchè nella causa non c' è naturalmente, ossia per le parti davanti al giudice di merito non c' era affatto”<sup>189</sup>. Solitamente solo nel caso della questione di rito si ha il “mezzo necessariamente nella causa” relativamente, ad esempio nella legittimazione ad agire legata a quanto l' attore afferma nella domanda e non a quanto verrà accertato dal giudice<sup>190</sup>.

Adesso con l' introduzione dell' art. 101 comma 2° c.p.c. si è segnato il definitivo divieto delle sentenze di terza via, allo scopo di tutela del diritto di difesa delle parti, imponendo al giudice di sottoporre le questioni rilevate officiosamente poste a fondamento della decisione, che comportavano un mutamento del quadro fattuale e giuridico oggetto del contendere, al previo dibattito delle parti, pena la nullità della decisione.

#### *4. Le questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito rilevabili d' ufficio.*

Le questioni pregiudiziali di rito<sup>191</sup> sono attinenti al processo relativamente al suo aspetto formale e riguardano l' esistenza di presupposti processuali come competenza del giudice, giurisdizione, legittimazione ad agire ecc, attinenti alla corretta instaurazione e prosecuzione del processo, perciò devono essere valutate prima di ogni altra questione. Il giudice non va ad accertare i fatti come richiesto dalle parti, non entra nel merito della questione, ma bensì decide su questioni meramente processuali-procedurali attinenti alla valida instaurazione e prosecuzione del processo, sussiste dunque la possibilità che il giudice definisca il

---

<sup>188</sup> Per tale motivo la Cass., sez. I, 17-07-2007, n. 15949, ha stabilito che “non è tenuta a provocare il contraddittorio sulla questione relativa all' inammissibilità del ricorso, per difetto di corretta formulazione del quesito di diritto”, BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, cit.*, 409; Cass., sez. I, 17-07-2007, n. 15949, *Giust. Civ.*, 2008, 1231 con nota di DIDONE; Cass., sez. I, 17-07-2007, n. 15949, in *Foro it. On line*: “È inammissibile per violazione dell'art. 366 bis c.p.c., introdotto dall'art. 6 d.leg. n. 40 del 2006, il ricorso per cassazione nel quale il quesito non ha attinenza né col giudizio né col motivo formulato ma introduce un tema nuovo ed estraneo (nella specie, proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza di incompetenza resa nel procedimento ex art. 274 c.c., il quesito era stato riferito al procedimento ex art. 269 c.c. e non alla competenza territoriale nel procedimento di ammissibilità dell'azione)”.

<sup>189</sup> BOLARD, *Les judge et les droits de la défense*, Mélanges Bellet, 1991, 49. riportata da BUONCRISTIANI, *L' allegazione dei fatti, cit.*, 221 e ID., *Il nuovo art. 101, cit.*, 409.

<sup>190</sup> BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, cit.*, 408.

<sup>191</sup> Come anticipato retro par. 1.

giudizio sulla base del solo esame della questione pregiudiziale di rito e non di tutto il materiale controverso<sup>192</sup>.

Dunque la condizione per poter decidere nel merito è che sussistano tutti i presupposti processuali, basta che solo un presupposto processuale manchi o sia viziato, che il giudice debba chiudere il processo dichiarando l'impossibilità di decidere nel merito<sup>193</sup>.

Il legislatore con il termine questione preliminare di merito ha inteso far riferimento ad ogni questione rilevante ai fini dell'esistenza del diritto, ricomprendendo in tale termine sia le questioni pregiudiziali di merito (relative ai fatti-diritti) ex art. 34 c.p.c. sia le questioni di merito attinenti a meri fatti, mentre usa il termine pregiudiziale per le sole questioni di rito. La diversa dizione rispetto all'art. 34 c.p.c. che per questione pregiudiziale intende le sole questioni di merito relative a veri propri rapporti giuridici (fatti-diritti), è una logica conseguenza del fatto che l'art. 34 c.p.c. riferendosi ai limiti oggettivi del giudicato riguarda unicamente le questioni che possono costituire oggetto del giudicato, mentre gli art. 187 c.p.c. e 279 c.p.c. inerenti a un problema di svolgimento del processo, di mera meccanica processuale, hanno un ambito di applicazione assai più ampio<sup>194</sup>. Tuttavia, anche in presenza di fatti in relazione ai quali l'assunzione di mezzi di prova sarebbe necessaria, il giudice può senz'altro evitare di procedere all'istruzione, se ritiene che il giudizio debba essere chiuso per ragioni di rito, cioè per ragioni attinenti alla giurisdizione, alla competenza o ad altre pregiudiziali (art. 187 comma 3° c.p.c.), oppure se sussiste una questione di merito, detta appunto questione preliminare, che renda parimenti superflua l'istruzione, in quanto sulla sua base è comunque possibile accogliere o rigettare nel merito la domanda (art. 187, comma 2° c.p.c.). Dunque seguendo l'ordine logico-giuridico delle questioni, il giudice dovrebbe prima accertare che il diritto sia sorto, cioè verificare l'esistenza della fattispecie costitutiva, e verificare che sussista pure al momento della decisione; nel caso in cui il diritto soggettivo fatto valere non sussista, sarà legittima una rimessione anticipata determinata da motivi di economia processuale.

---

<sup>192</sup> PROTO PISANI, *Lezioni, cit.*, 118 e ss..

<sup>193</sup> LUISSO, *Diritto processuale civile vol. 2*, Milano, 2009, 60.

<sup>194</sup> PROTO PISANI, *Lezioni, cit.*, 118 e ss..

Le questioni preliminari di merito e le questioni pregiudiziali di rito vengono accostate allo stesso piano visto che hanno la prerogativa di essere idonee a definire il giudizio e di essere oggetto di una delle pronunce (dell' art. 279 n. 1), 2), 4), ossia pronunce che assumono autonomia formale in sede di decisione della causa, potendo essere idonee ad esaurire il contenuto della sentenza in modo definitivo o parziale<sup>195</sup>. Si rende opportuno riflettere se è necessario che tali questioni rilevabili d' ufficio, con la peculiarità di essere oggetto autonomo di pronuncia giudiziale, debbano essere previamente dibattute dalle parti prima della loro decisione<sup>196</sup>. Secondo l' opinione di Denti nel suo noto saggio "Questioni rilevabili d' ufficio e contraddittorio", pubblicato molti anni prima dell' introduzione dell' art. 101 comma 2° c.p.c., non si può prescindere dal contraddittorio delle parti per le questioni pregiudiziali, in quanto "ampliano il *thema decidendum* sul quale le parti hanno diritto di interloquire"<sup>197</sup>. Dunque il giudice ha il dovere prima della decisione, di sottoporre al contraddittorio delle parti la norma o le norme che intende applicare al caso concreto e la loro applicazione, indicando alle parti i fatti non dedotti, che egli ritiene di non utilizzare relativamente al rilievo officioso di fattispecie impeditive, modificative, estintive. Ma l' autore fa notare che queste applicazioni del diritto di difesa sembrano peccare per eccesso, poiché in realtà un problema di contraddittorio si pone solo in quanto il giudice decide, ma non in quanto il giudice semplicemente conosce di una questione: dunque si pone "per le sole questioni pregiudiziali in senso tecnico, la cui soluzione è idonea a definire il giudizio". Solo l' individuazione di una norma da applicare, diversa da quella indicata dalle parti può esigere la sottoposizione al previo contraddittorio delle parti se dalla sua applicazione sorgesse una "questione potenzialmente idonea a definire al controversia". Denti prosegue il suo celebre saggio affermando che, il potere-dovere del giudice di provocare il contraddittorio delle parti sulle questioni pregiudiziali rilevate d' ufficio, con conseguente invalidità della decisione pronunciata in violazione di tale dovere, sia dovuta in base ad un' interpretazione dell' art. 101 c.p.c., aderente ai principi costituzionali e afferente alla funzione concretizzatrice dei precetti della Costituzione. Attualmente non è più necessario

---

<sup>195</sup> DENTI, *Questioni rilevabili d' ufficio e contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, 220 e ss..

<sup>196</sup> ID., *Questioni rilevabili d' ufficio*, loc. cit.

<sup>197</sup> ID., *Questioni rilevabili d' ufficio*, cit., 224.



ricorrere a questa interpretazione estensiva dell' art 101 comma 1° c.p.c., data la presenza dell' art 101 comma 2° c.p.c. che impone al giudice il contraddittorio sulle questioni rilevabili d' ufficio che intende porre a fondamento della decisione.

Altri autori hanno rilevato ex art. 183 comma 4° c.p.c. un potere-dovere del giudice preordinato a tutelare l' effettività del contraddittorio ed ad impedire che il giudice si pronunci senza aver dato modo alle parti di dibattere e di far valere le loro argomentazioni su questioni pregiudiziali di rito (come difetto di giurisdizione o difetto di competenza) o preliminari di merito di carattere assorbente rilevate d' ufficio<sup>198</sup>, addirittura rendendo opportuno, secondo una parte della dottrina, un breve rinvio dell' udienza ex art. 175 comma 1° c.p.c.<sup>199</sup>. Secondo Cavallini dunque, l' opportunità della trattazione si concretizza nel dovere del giudice, di sottoporre al contraddittorio delle parti il rilievo di una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, idonee a provocare una decisione anticipata della causa, impedendo o assorbendo qualsiasi altra trattazione delle domande ed eccezioni già proposte: è proprio la valenza della questione rilevabile d' ufficio, la quale, qualora rivesta il carattere di questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, a produrre un vero e proprio potere-dovere del giudice di provocare il contraddittorio<sup>200</sup>.

L' autore prosegue affermando che in base alla natura della questione rilevata d' ufficio e la portata sistematica che la questione assume in correlazione con l' esercizio dei poteri decisorii del giudice (e la cosa appare scontata in riferimento alle questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito), si può considerare un' invalidità della sentenza della "terza via", emanata a seguito dell' omessa indicazione della questione rilevata d' ufficio dal giudice alle parti.<sup>201</sup> Dunque la mancata attuazione del dibattito preventivo sulle questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito in sede di udienza di prima comparizione/trattazione

---

<sup>198</sup> CAVALLINI, *Le nuove norme del procedimento di cognizione di primo grado*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, 747 e ss.; BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. It.*, 2006, IV, 76; CONSOLO, *La trattazione della causa: gli art. 167, 180, 183, 184 -e altre disposizioni sul processo di cognizione- così come novellati dalle l. n. 80 e n. 263 del 2005*, in CONSOLO-MENCHINI- LUISO- SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, 34, n.t. 31.; SANTANGELI, *Le udienze di trattazione della causa nel processo civile ordinario alla luce delle recenti riforme*, in *Judicium.it.*, 3 n.t. 21.

<sup>199</sup> BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. It.*, 2006, IV, 99.

<sup>200</sup> CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d' ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, 107.

<sup>201</sup> ID. *Eccezione*, cit. 109-111.

comporta la nullità della sentenza, e ciò viene anche ulteriormente giustificato alla luce dell' art. 111 comma 2° Cost.<sup>202</sup>.

L' invalidità derivata della sentenza che definisce la lite, consegue, non alla violazione del contraddittorio in quanto tale, ma in realtà al vizio di nullità, ex art. 156 comma 2° c.p.c., che inficia l' atto del giudice di rimettere in decisione una questione rilevata d' ufficio, senza aver consentito alle parti preventivamente di interloquire, quindi conseguentemente alla carenza di un requisito formale indispensabile al raggiungimento dello scopo, a prescindere che tale nullità sia prevista in un' espressa disposizione di legge<sup>203</sup>.

Secondo l' autore alla nullità della sentenza può essere applicato il principio di conversione stabilito nell' art. 161 c.p.c., in modo tale di consentire alle parti lo svolgimento nel giudizio di secondo grado della preventiva trattazione sulla questione rilevata d' ufficio e dell' istruzione del merito della lite che gli erano state omesse in primo grado, esercitando tramite una sostanziale rimessione in termini, l' esercizio di tutti quei poteri processuali di cui avrebbero potuto e dovuto usufruire in primo grado<sup>204</sup>.

Oggi grazie all' introduzione dell' art. 101 comma 2° c.p.c., si impone al giudice il contraddittorio sulle questioni rilevabili d' ufficio, che intende porre a fondamento della decisione, qualora non siano state previamente oggetto di dibattito tra le parti ex art. 183 comma 4° c.p.c., nell' udienza di prima comparizione/trattazione, dunque l' art. 101 comma 2° c.p.c. opererebbe solo in caso di tardiva rilevazione da parte del giudice della questione officiosa, comportando come pena la nullità della decisione in caso di violazione di tale disposizione, del resto tale nullità deve essere fatta valere tramite impugnazione ex art. 161 c.p.c.<sup>205</sup>, come preannunciato da Cavallini<sup>206</sup>.

Nelle ipotesi stabilite dall' art. 50bis c.p.c. dove il tribunale ancora giudica in composizione collegiale, l' adempimento del giudice istruttore di sottoposizione

---

<sup>202</sup> ID. *Eccezione*, cit. 109-111.

<sup>203</sup> ID. *Eccezione*, cit. 112-113.

<sup>204</sup> ID. *Eccezione*, cit. 113-114.

<sup>205</sup> LUIO, *Poteri*, cit..

<sup>206</sup> CAVALLINI, *Eccezione*, cit. 113-114.

delle questioni al previo contraddittorio delle parti potrà essere sollecitato dal collegio in sede di rimessione in istruttoria ex art 279 comma 1° c.p.c.<sup>207</sup>.

Inoltre per quanto riguarda l' incompetenza rilevabile d' ufficio, spetta al giudice chiedere alle parti i chiarimenti necessari per l' individuazione del giudice competente, in mancanza di elementi risultanti dagli atti<sup>208</sup>.

L' ordinanza con cui relativamente alla competenza il giudice chiede chiarimenti alle parti non è impugnabile con regolamento di competenza, poiché si tratta di un provvedimento ordinatorio e revocabile, pronunciato da organo privo di potere decisorio<sup>209</sup>.

##### *5. Le eccezioni rilevabili d' ufficio.*

Di fronte alla domanda dell'attore, il convenuto, chiamato in giudizio in attuazione del principio del contraddittorio e costituitosi, può assumere vari atteggiamenti:

- 1) limitarsi a contestare la fondatezza della domanda, nell'ambito della mera difesa;
- 2) proporre eccezione, introducendo fatti estintivi, modificativi, impeditivi del diritto dedotto in giudizio, al fine di conseguire il rigetto della domanda dell'attore.

Le eccezioni sono di due tipi, come risulta dagli artt. 112, 416, 167 e 345 c.p.c.: rilevabili di ufficio (eccezioni in senso lato) e riservate esclusivamente alla parte (eccezioni in senso stretto);

- 3) formulare domanda di accertamento incidentale;
- 4) proporre domanda riconvenzionale<sup>210</sup>.

Le eccezioni rilevabili d' ufficio, ovvero eccezioni in senso lato, sono rilevabili anche dal giudice (purchè si basino su fatti allegati dalle parti); qualora coinvolgano un interesse pubblico in campo processuale (quali le eccezioni di giudicato), possono essere rilevate addirittura in ogni stato e grado del processo, ma se sono relative ad un diritto di carattere sostanziale il cui esercizio in campo

---

<sup>207</sup> Cass. 2.6.1997, n. 4886.

<sup>208</sup> Cass. 9.1.1997, n. 109 in *Giust. Civ.*, 1997, I, 608.

<sup>209</sup> Cass. 13.2.1995, n. 1562.

<sup>210</sup> ORIANI, *La disciplina delle eccezioni nel processo civile*, in *Il nuovo processo civile e il giudice di pace*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della magistratura*, vol. I, 1997.

processuale non incide in alcun modo su interessi pubblici, anche se siano qualificabili come eccezioni in senso lato, hanno una rilevanza condizionata al rispetto del principio dispositivo e del contraddittorio. Ne consegue che (fatti salvi casi particolari) è vietato al giudice porre alla base della propria decisione, fatti che non rispondano ad una tempestiva allegazione delle parti, ovvero il giudice non può basare la propria decisione su un fatto, ritenuto estintivo, modificativo o impeditivo, che non sia mai stato dedotto o allegato dalla parte, o comunque non sia risultante dagli atti di causa, e che tale allegazione non solo è necessaria ma deve essere tempestiva, ovvero deve avvenire al massimo entro il termine ultimo entro il quale nel processo di primo grado si determina definitivamente il *thema decidendum* e il *thema probandum*, ovvero entro il termine perentorio eventualmente fissato dal giudice ex art. 183 comma 5° c.p.c..<sup>211</sup>

Relativamente all'opzione difensiva del convenuto consistente nel contrapporre alla pretesa attorea fatti ai quali la legge attribuisce autonoma idoneità modificativa, impeditiva o estintiva degli effetti del rapporto sul quale la predetta pretesa si fonda, occorre distinguere il potere di allegazione da quello di rilevazione. Il primo compete esclusivamente alla parte e va esercitato nei tempi e nei modi previsti dal rito in concreto applicabile (pertanto sempre soggiacendo alle relative preclusioni e decadenze), mentre il secondo può spettare anche al giudice, oltre a competere alla parte, solo nei casi in cui la sua manifestazione di volontà sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva, oppure quando singole disposizioni espressamente prevedano come indispensabile l'iniziativa di parte. Si deve in ogni caso ritenere che la rilevanza d'ufficio dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito, non componi un superamento del divieto di scienza privata del giudice o delle preclusioni e decadenze previste, tenendo in considerazione che il generale potere-dovere di rilievo d'ufficio delle eccezioni, facente capo al giudice, si traduce solo nell'attribuzione di rilevanza, ai fini della decisione di merito, a determinati fatti, essendo però necessario che i fatti modificativi, impeditivi o estintivi, risultino legittimamente acquisiti al processo e provati alla stregua della specifica disciplina processuale in concreto applicabile<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> Cass. 22.6.2007, n. 14581.

<sup>212</sup> Cass. 20.5.2010, n. 12353.

## 6. La distinzione tra questioni rilevabili d'ufficio ed eccezioni rilevabili d'ufficio.

Secondo la dottrina più accreditata, si evince chiaramente che la “garanzia” del previo contraddittorio debba potersi attuare in relazione a questioni attinenti al merito della lite, come al rito del processo nel quale la medesima viene dedotta, in modo da coinvolgere, in questo ambito, le categorie normative e concettuali delle questioni preliminari e delle questioni pregiudiziali (di rito e soprattutto di merito, ai sensi dell'art. 34 c.p.c.). L'unico dato che unisce questo ampio novero è costituito dalla circostanza, (invero determinante nella prospettiva d'ordine costituzionale della pretesa violazione del principio del contraddittorio e delle conseguenze sulla invalidità della sentenza) per cui la questione sia stata decisiva per la decisione della causa. Da qui si evince che proprio l'esercizio in concreto di questo potere - dovere giudiziale, sancito dall'attuale quarto comma dell'art. 183 c.p.c. e soprattutto dal nuovo art. 101 comma 2° c.p.c., verrebbe ad essere ancor più complicato dalla postulata distinzione tra le questioni rilevabili d'ufficio, oggetto esclusivo dell'indicazione alle parti (e dello stesso previo contraddittorio) e le eccezioni rilevabili d'ufficio; quest' ultime finirebbero per potersi porre a fondamento magari esclusivo della decisione della causa, senza che le parti abbiano potuto interloquire preventivamente. Ciò soprattutto, senza che la sentenza possa considerarsi in qualche modo viziata per la palese violazione del principio del contraddittorio, risultando inapplicabile “a monte” il potere - dovere di indicazione alle parti della relativa eccezione». Pertanto secondo Proto pisani e Luiso<sup>213</sup> non appare del tutto condivisibile, quell'orientamento per cui il tenore

---

<sup>213</sup> Così, espressamente PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 137; e LUIISO, in CONSOLO LUIISO SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 148. Protopisani pur ritenendo la disposizione applicabile per lo più alle c.d. questioni di diritto, vale a dire all' inquadramento giuridico della fattispecie dedotta in giudizio, eventualmente difforme tra la prospettazione di parte e quella del giudice, nondimeno ritiene che il potere-dovere di indicazione alle parti abbia «oggetto» anche le c.d. eccezioni rilevabili d'ufficio, onde consentire alle stesse parti la rimodulazione delle strategie difensive sull'eventualità dell'accoglimento in sede decisoria 'della proietta' eccezione in senso lato. Nella direzione «restrittiva», di opposta opinione, si colloca anche la ricostruzione di GRASSO, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione in primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 1993, 711 e ss., il quale tuttavia estende l'ambito delle questioni ..oggetto dell'indicazione a parte judicis a tutte le c.d. negazioni dei fatti costitutivi posti dall'attore a fondamento del diritto fatto valere e costituenti, nella prospettiva del convenuto l' esercizio di una “mera difesa”, e giammai di un'eccezione in senso tecnico (non comportando infatti l'allegazione di fatti “nuovi”, ma solo contraddicendo l'esistenza o l' efficacia di quelli già allegati dall'attore stesso).

della norma esigerebbe semmai una distinzione contenutistica che separi l'ambito delle questioni da quello delle eccezioni, e così limiti alquanto il potere giudiziale di indicazione delle prime limitatamente alle sole questioni di diritto, a guisa di correttivo dell'esercizio "solitario" del principio *iura novit curia*. Difatti, prendendo in considerazione, a guisa di esempio paradigmatico, il potere di rilevazione ufficiosa della nullità del contratto ai sensi dell'art. 1421 c.c.; come non v'è dubbio che l'allegazione del fatto-motivo di nullità sia avvenuta in tempo "utile", parimenti non si può discutere che l'esercizio di tale potere possa altrettanto verificarsi oltre la prima udienza, e che tale eccezione in senso lato possa rilevarsi, per la prima volta, nel corso del giudizio d'appello nonostante la rinnovata disciplina dei c.d. *nova*. Da qui, si può evincere, che la ritenuta esclusione delle eccezioni, come tali, dal più ampio novero delle questioni rilevabili d'ufficio e dunque dal potere-dovere del giudice di indicarle alle parti, potrebbe voler significare non solo l'emanazione di una sentenza "a sorpresa", ma soprattutto la mancata attuazione del contraddittorio nel merito ad opera delle parti<sup>214</sup>.

*7. La distinzione tra eccezioni rilevabili d'ufficio (eccezioni in senso lato) ed eccezioni rilevabili dalle parti (eccezioni in senso stretto) nell'interpretazione dottrinale.*

L'art 112 c.p.c. nella parte in cui si riferisce alle eccezioni, riprende la classica distinzione tra eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto, sebbene già in passato si sia sottolineato come, da questo punto di vista, la funzione essenziale della disposizione non si rinviene tanto nella previsione del potere officioso di rilievo delle eccezioni, considerando normale il legislatore la possibilità che si abbia la pronuncia d'ufficio su fatti modificativi, impeditivi o estintivi, quanto

---

<sup>214</sup> L'esempio del rilievo "tempestivo" della nullità negoziale, come oggetto di una eccezione rilevabile d'ufficio rientrando proprio nell'oggetto dei poteri-doveri del giudice esercitagli ai sensi dell'art. 183, 4° comma, c.p.c., viene evidenziato in particolare da LUISO, in CONSOLO LUISO SASSANI, *Commentario*, cit., 148, il quale pone in luce questo aspetto attinente alla valenza della c.d. «collaborazione del giudice con le parti», mutuando una nota locuzione di Grasso; vale a dire la possibilità, ad esempio, dell'attore, di «correggere la rotta» e, sulla base dell'indicazione giudiziale, di «modificare» la domanda originaria chiedendo la restituzione di quanto ha già eseguito in favore del convenuto sulla scorta di un contratto (presumibilmente) nullo.

nell'introduzione del divieto del giudice di pronunciarsi d' ufficio in questi “casi particolari”, nei quali l'iniziativa della parte è invece “indispensabile”<sup>215</sup>.

Perciò in riferimento al problema dell'identificazione delle eccezioni di merito non rilevabili d' ufficio, cioè le difese del convenuto consistenti nella richiesta di rigetto della domanda dell'attore fondata sull'allegazione di fatti modificativi, impeditivi, estintivi, ma il cui rilievo è lasciato dal legislatore nella piena disponibilità della parte stessa<sup>216</sup>, la scarna formulazione della disposizione in esame ha suscitato non poche incertezze interpretative (soprattutto in dottrina) nel tentativo di attribuire alla disposizione il giusto valore sistematico.

È nota difatti la contrapposizione emersa in argomento. Da una parte, quanti sul presupposto che l'art. 112 c.p.c. (seconda parte), rappresenti semplicemente una norma di rinvio alle disposizioni che prevedono caso per caso l'indispensabile istanza di parte<sup>217</sup>, ritengono che dall'interpretazione letterale e sistematica della seconda parte dell'art. 112 c.p.c., si possa agevolmente ricavare la conclusione che “nel nostro ordinamento positivo sia normale la rilevabilità anche d' ufficio e sia invece eccezionale (ossia riservata ai soli casi in tal modo espressamente disciplinati) la rilevabilità solo ad istanza di parte”<sup>218</sup>. Perciò secondo questa opzione interpretativa, se la legge nulla dice di specifico, sussiste il principio della rilevabilità d'ufficio di tutte le eccezioni, salvo espressa previsione della rilevabilità

---

<sup>215</sup> GRASSO, *La pronuncia d' ufficio*, I, Milano, 1967, 326 e ss.

<sup>216</sup> Su questa nozione la dottrina è vastissima: CHIOVENDA, *Sulla eccezione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I; Roma, 1930, 149 e ss.; LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, 449; COSTA, in *Noviss. Dig. it.*, voce *Eccezione*, VI, 349 e ss.; COLESANTI, in *Enc. Del dir.*, voce *Eccezione (dir. Proc. Civ.)*, XIV, 172 e ss.; FABBRINI, in *Enc. Giur.*, voce *Eccezione*, XII, Roma, 1989, 1 e ss.; ORIANI, in *Digesto*, IV, *Discipline privatistiche, Sezione civile, voce Eccezione*, VII, Torino, 1991, 262 e ss.; MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1994, 204 e ss., 344 e ss., 364 e ss..

<sup>217</sup> GRASSO, *La pronuncia*, cit., 245 e ss., spec. 324; ID., *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, I, 2, Torino, 1973, 1270 e ss.. Nello stesso senso VERDE, in *Enc. Giur.*, voce *Domanda (principio della)*, XI, Roma, 1989, 7, per il quale “poiché in conclusione, l' art. 112 c.p.c. Non fissa alcun criterio atto a stabilire quando l' eccezione debba ritenersi rilevabile d' ufficio o ad istanza di parte , miglior partito sembra quello di escludere che la legge abbia fisato una preferenza e , quindi, di affidarsi ad un' interpretazione, caso per caso, della legge sostanziale”.

<sup>218</sup> FABBRINI, in *Enc. Giur.*, voce *Eccezione*, cit, 2; ID., *L' eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, 245 e ss., spec. 264 e ss. e 269; ID., in *Enc. Del dir.*, voce *Poteri del giudice (dir. Proc. Civ.)*, XXXIV, Milano, 1985, 378; nello stesso senso ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 368 e ss.; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 119 e ss.; LUISO, in CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario*, cit., 162, 387; ID., in CONSOLO, LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 1997, 680.

solo ad iniziativa di parte, fermo restando il rispetto di ciò che è stato allegato e il rispetto dell'art. 112 c.p.c. (seppur temperato dal principio di *iura novit curia*)<sup>219</sup>.

Ciò è a considerazione del fatto che nel nostro ordinamento non si possa rinvenire “un qualsiasi criterio *contenutistico* che valga ad individuare i casi nei quali l'iniziativa della parte sia condizione indispensabile per la pronuncia”, né possa “conferirsi qualche attendibilità a criteri improntati alla funzione economico-sociale della singola fattispecie impeditiva, modificativa ed estintiva o dell'istituto che in essa si incentra”<sup>220</sup>.

In base ad una seconda opzione interpretativa, altri ammettono l'esistenza di un criterio generale, alla base delle eccezioni che il legislatore prevede espressamente come rilevabili solo ad istanza di parte, che non coincide perfettamente con le ipotesi espressamente previste dal legislatore, ma che deve essere esteso alle ipotesi di eccezioni i cui effetti “ sono oggetto di un controdiritto che la parte che resiste potrebbe far valere (o anche non far valere) con un' azione autonoma”<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> Cass. 12.6.2009, n. 13762, in *Fallimento*, 2010, 2, 244.

<sup>220</sup> GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario*, cit, 1272.

<sup>221</sup> MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2009, 143 e ss., nello stesso senso già CARNELUTTI, *Eccezione ed analisi nell' esperienza*, in *Riv. Di dir. Proc.*, 1960, 649. per il quale il giudice “non può pronunciare su eccezionale quali non siano proposte dalle parti, salvo che la legge non gliene dia la potestà”; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi.*, Milano, 2002, 151; ID., *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. Proc.*, 1960, 449, per il quale in questi casi l' eccezione costituisce un “diritto processuale analogo e contrapposto all' azione e sta al generico potere di difendersi (ex art. 24 comma 2° Cost.) nello stesso rapporto in cui l' azione sta al potere di proporre una domanda”; CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1961, 266 e ss.; COLESANTI, in *Enc. Del dir.*, voce, *Eccezione*, (*Dir. Proc. Civ.*), XIV, Milano, 1965, 172 e ss.; ID., *Enrico Tullio Liebman e la teoria dell' azione e dell' eccezione*, in AA.VV. *Enrico Tullio Liebman oggi. Riflessioni sul pensiero di un maestro*, Atti del Convegno (Milano, 24 ottobre 2003), Milano, 2004, 10 e ss., spec. 27 e ss..

In senso critico su questa impostazione, sostenendo che l' esclusiva delle parti circa la deduzione in giudizio, a titolo di eccezione, di determinate fattispecie sostanziali è da rinvenire sull' unilaterale disponibilità, da parte del soggetto interessato, degli effetti giuridici di natura estintiva, impeditiva o modificativa che quelle fattispecie sono destinate a produrre; si vedano: MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, 319 e ss., e 382, la quale pone in evidenza come l' eccezione di merito, intesa come invocazione degli effetti di un fatto modificativo, impeditivo, estintivo ha contenuto meramente negativo; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2008, 252 e ss., il quale rileva come non sempre possa ravvisarsi nell' eccezione in senso stretto un vero e proprio controdiritto del convenuto, “se non a pena di una forzatura artificiosa”; in questo senso CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 11 e ss.; BUONCRISTIANI, *L' allegazione*, cit., 114 e ss..



*8. Segue. La distinzione tra eccezioni rilevabili d'ufficio (eccezioni in senso lato) ed eccezioni rilevabili dalle parti (eccezioni in senso stretto) nell'applicazione giurisprudenziale.*

La giurisprudenza invece sembra preferire l'estensione dell'area delle eccezioni in senso stretto al di là delle ipotesi espressamente previste dal legislatore, in base al criterio per il quale l'eccezione sarebbe di esclusiva pertinenza della parte quando sia riconducibile ad una sfera di disponibilità sugli effetti (e quindi di rinunciabilità degli stessi), che la sua allegazione è in grado di produrre.

Ma si sono diffusi anche criteri diversi come quello in cui l'eccezione in senso stretto sarebbe sorretta da fatti estintivi, impeditivi, modificativi, che qualora fatti valere con azione autonoma, concreterebbero un'azione costitutiva, mentre nel caso dell'eccezione in senso lato, la deduzione autonoma dei suddetti fatti (che per questo sono rilevabili d'ufficio) darebbe vita ad un'azione dichiarativa<sup>222</sup>. Per la Suprema Corte sarebbe da accogliere l'orientamento secondo cui le sole eccezioni rilevabili ad istanza di parte sarebbero quelle espressamente indicate dal legislatore "ancorchè con uno specifico correttivo che nasce dal raccordo tra la norma in bianco, dettato dall'art. 112 c.p.c. e la sua riferita rilevazione sistematica delle diverse categorie di eccezioni, in relazione alle possibili diversificazioni

---

<sup>222</sup> Cass. Sez. Un. 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Foro it.* 1998 I, 774; e in *Mass. Giur. Lav.* 1998, 227, con nota di CENTOFANTI; e in *Giust. Civ.*, 1998, I, 645, con nota di GIACALONE; e in *Dir. Lav.* 1999, I, 577, con nota di VALLEBONA, il quale ha risolto il contrasto giurisprudenziale sulla natura dell'eccezione di *aliunde perceptum* o *percipiendum* in caso di risarcimento del danno per licenziamento illegittimo del lavoratore, riconoscendo a questa eccezione natura di eccezione in senso lato e quindi rilevabile d'ufficio.

Nello stesso senso anche Cass. 7 febbraio 2000 n. 320 in *Foro it. On line*, per la quale l'eccezione in senso stretto è non solo quella prevista dalla legge, ma anche quella con cui si fa valere contro la domanda dell'attore un diritto che potrebbe azionarsi separatamente in via autonoma ed il cui esercizio si configura come necessario perchè si verifichi un mutamento della situazione giuridica. Conseguentemente tutti gli altri fatti idonei a paralizzare il diritto preteso dall'attore possono e devono essere rilevati d'ufficio dal giudice, nell'esercizio del poterdovere di accertare la fondatezza o meno della domanda dell'attore, anche se la parte abbia allegato il fatto senza trarne le debite conseguenze. Le medesime considerazioni si possono riscontrare anche in: Cass. 24 febbraio 2000, n. 2112 in *Foro it. On line*; e in Cass. 4 febbraio 2002, n. 1430 in *Guida al dir.*, 2002, 21, 64.

In tutte queste occasioni la Corte ha anche aggiunto che anche quando si tratti di eccezione rilevabile d'ufficio, essa deve riferirsi a fatti allegati con la memoria difensiva (o nell'udienza ex art. 420 c.p.c.), escludendo che possano essere allegati fatti nuovi successivamente al maturare di questa preclusione, a meno che non si tratti di fatti nuovi sopravvenuti, *Cass., sez. lav.* 16 gennaio 2004, n. 630, in *Gius* 2004, 2365.

strutturali”<sup>223</sup>. Quindi secondo la Corte, solo nei casi corrispondenti alla titolarità di un' azione costitutiva (siccome la manifestazione di volontà della parte si identifica come elemento integrativo della fattispecie difensiva), sarebbe da escludere la possibilità per il giudice una volta avvenuta l'allegazione dei fatti rilevanti, desumerne l'effetto *ex officio*, senza l'apposita istanza di parte. In tutti gli altri casi invece la necessità o meno dell'istanza di parte non può che derivare da apposita specifica previsione di legge<sup>224 225</sup>.

Tuttavia secondo l'evoluzione interpretativa sviluppatasi intorno all'eccezione di concorso di fatto colposo del danneggiato ex art. 1427 comma 1° c.p.c. , la quale considerata in un primo tempo come eccezione rilevabile solo ad istanza di parte, adesso è pacificamente ricondotta anche alle eccezioni rilevabili d' ufficio<sup>226</sup>. Medesime evoluzioni si sono verificate sull'eccezione di giudicato esterno<sup>227</sup> e di interruzione della prescrizione<sup>228</sup>.

---

<sup>223</sup> Cass. Sez. Un. 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Foro it.* 1998, I, 774.

<sup>224</sup> Cass. Sez. Un. 3 febbraio 1998, n. 1099 in *Foro it.* 1998, I, 774.

<sup>225</sup> Particolari esempi di questo criterio possono essere il riconoscimento della giurisprudenza della natura di eccezione in senso stretto per l' eccezione di remissione del debito ( Cass. 18 maggio 2006, n. 11749 in *Foro it. On line*), risoluzione consensuale del contratto (Cass. 18 marzo 1995, n. 5918, in *Foro it. On line*), inefficacia del contratto concluso dal *falsus procurator*, che deve esser sollevata solo dallo pseudo rappresentato (Cass. 7 febbraio 2008, n. 2860).

<sup>226</sup> Cass. 10 novembre 2009, n. 23734 in *Foro it. On line* ; Cass. 20 agosto 2009, n. 18544 in *Foro it. On line*; Cass. 25 novembre 2008, n. 28060 in Guida dir. 2009,3,78; Invece per la rilevanza solo ad istanza di parte dell' eccezione dell' art. 1227 comma 2°: Cass. 8 luglio, 16149, in *www.dejure.giuffre.it*.

<sup>227</sup> Cass. 23 ottobre 1995, n. 11018 in *Foro it.*, 1996, I, 599 con nota di SCARSELLI; e *Mass. Giur.* con nota di DE FALCO; e *Foro it.* 2000, I, 857, con osservazioni di FABIANI, il quale si discosta dal tradizionale e maggioritario orientamento giurisprudenziale che in contrasto con la prevalente opinione dottrinale (MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, 59 e ss.; diversamente orientato tuttavia MONTELEONE, *L' eccezione di cosa giudicata e l' opposizione all' esecuzione*, in *Riv. Esec. forz.*, 2003, 564 e ss.) riconduceva l' eccezione di giudicato tra le eccezioni in senso stretto (Cass. 22 febbraio 2000, n. 12528 in *Gius* 2001, 183; Cass. 4 febbraio 2000, n. 1228, in *Corr. Giur.* 2000, 1048 con nota di CONSOLO), A seguito del contrasto interpretativo riguardo la natura dell' eccezione di giudicato esterno, si è espressa la Corte a sezioni unite per un intervento chiarificatore con la Cass. Sez. un. 25 gennaio 2001, n. 226 in *Foro it.*, 2001, I, 2810, con nota di IOZZO; e successivamente Cass. Sez. un. 9 agosto 2001, n. 10997, in *Foro it.* , 2001, voce *Cosa Giudicata Civile* n. 36; Cass. Sez. Un. 17 ottobre 2002, n. 14750 in *Gius*, 2003, 431, le quali hanno affermato che il giudicato esterno, qualora risulti da atti comunque prodotti nel corso del giudizio di merito, è rilevabile anche in sede di legittimità e può essere accerato dalla corte di cassazione con cognizione piena, comprensiva dell' esame diretto degli atti. La successiva giurisprudenza di merito di è prontamente adeguata a quanto stabilito dalle Sez. un. : Cass. 4 luglio 2001, n. 9050, Cass. 25 ottobre 2001, n. 13179 ecc..

<sup>228</sup> Cass. 27 luglio 2005, n. 15661 in *Foro it.* 2005, I, 2659, con nota di ORIANI ; e in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 715, con nota di RICCI; come ricorda ORIANI, L' interruzione della prescrizione è rilevabile d' ufficio e le sezioni unite abbandonano un indirizzo risalente al 1923 (Cass. Torino,

*9. Segue. Le incertezze sulla classificazione delle eccezioni dalla rilevabilità non predeterminata dal legislatore.*

In realtà l'art. 112 c.p.c rappresenta una vera e propria “norma in bianco”, nella parte in cui prevede l'esistenza di eccezioni che possono esser proposte solo dalle parti, rivelandone un carattere di eccezionalità, ma senza però stabilire quali siano<sup>229</sup>. Inoltre anche se fosse possibile ricavare un criterio generale comune a tutte le ipotesi di eccezioni rilevabili ad istanza di parte per espressa previsione di legge (anche se si tratta di un' operazione veramente ardua per la diversità strutturale che contraddistingue queste eccezioni sul piano sostanziale<sup>230</sup>), il legislatore per scelta discrezionale ha voluto prevedere la rilevabilità ad istanza di parte solo per alcune ( e non per tutte), eccezioni fondate su fatti che non producono i loro effetti automaticamente. Difatti considerando eccezionale la previsione dell'eccezione ad istanza di parte e di portata generale quella d' ufficio, può nascere un problema al momento in cui ci si trovi di fronte ad eccezioni non incluse dal legislatore fra quelle rilevabili ad istanza di parte, ma che presentano una struttura particolare, in quanto sono fondate su fatti o circostanze che potrebbero essere poste alla base di una domanda giudiziale costitutiva<sup>231</sup>. In tal modo l'applicazione della regola generale della rilevabilità d' ufficio, potrebbe portare ad una violazione del principio di domanda, laddove si condividesse l'opinione che per effetto del rilievo dell'eccezione (officiosa) si determini una vera e propria estensione dell'oggetto del giudicato del processo in corso. In realtà considerando l'eccezione come *species* della più generale attività di contestazione delle affermazioni avversarie (comprensiva anche delle mere difese) non si concreta in altro che nell'allegazione (con riferimento all'oggetto di giudizio fissato dalla domanda giudiziale) di fatti contrari a quelli allegati dallo stesso avversario e incompatibili con l'accoglimento della stessa domanda, senza comportare anche

---

19 settembre 1923 in *Foro it. Rep.* 1924 voce *Prescrizione civile* n. 46).

<sup>229</sup> ORIANI, *L' eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 14.

<sup>230</sup> FABBRINI, in *Enc. Giur.*, voce *Eccezione*, loc cit.; ORIANI, *L' eccezione*, loc. cit..

<sup>231</sup> ORIANI, in *Digesto, IV, Discipline privatistiche, Sezione civile*, voce *Eccezione*, VII,272 e ss.; ID., *L' eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 16 e ss..

un allargamento dell'oggetto del giudizio<sup>232</sup>. Essendo dunque l'eccezione destinata ad influire “non sull' ampiezza, ma sul contenuto di merito dell' emananda pronuncia del giudice”<sup>233</sup>, non altera i termini del giudizio e quindi non si possono ravvisare ostacoli nell' ammettere pure in questo caso l'applicazione della regola generale della rilevabilità officiosa dell'eccezione. Da un lato non tutte le ipotesi previste espressamente dal legislatore per la rilevabilità dell'eccezione ad istanza di parte rispondono al criterio della spendibilità dei medesimi fatti per l' esercizio di un' autonoma azione costitutiva, e dall' altro lato ammettere la rilevabilità d'ufficio di fatti e circostanze che potrebbero essere dedotti come autonoma domanda costitutiva non significa affatto estendere (d'ufficio) l' oggetto del giudizio anche all'autonoma domanda che su questi fatti potrebbe essere fondata. Dunque appare più conforme alla scelta operata dal legislatore nell' art. 112 c.p.c., ritenere che siano da considerare eccezioni in senso stretto solo quelle indicate dal legislatore con previsione espressa, senza che sia necessario prevedere delle deviazioni alla regola generale per quel che riguarda le eccezioni alle quali corrisponde la titolarità di un' azione costitutiva<sup>234</sup>. In questo caso, infatti, come il rilievo del fatto modificativo, impeditivo, estintivo da parte del convenuto non comporta affatto, di per sé, esercizio, nel processo in corso, del diritto sostanziale alla modificazione giuridica su cui si fonderebbe l'eventuale azione costitutiva, così il medesimo rilievo avvenuto d' ufficio da parte del giudice non può significare deroga al principio della domanda<sup>235</sup>. Però in riferimento a determinati fatti modificativi, impeditivi o estintivi, può accadere che sebbene il legislatore non ne abbia previsto espressamente la rilevabilità solo ad istanza di parte, e sebbene gli stessi non siano deducibili come autonoma domanda costitutiva, dalla complessiva disciplina degli stessi possa ricavarsi (in via d' interpretazione sistematica) un' implicita volontà dello stesso legislatore a riconoscere alla parte

---

<sup>232</sup> CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 180 e ss., 267 e ss..

<sup>233</sup> FABBRINI, in *Enc. Giur.*, voce *Eccezione*, cit., 3; ID., *L' eccezione di merito*, cit., 264 e ss..

<sup>234</sup> ORIANI, in *Digesto*, IV, *Discipline privatistiche, Sezione civile*, voce *Eccezione*, loc cit.; ID., *L' eccezione di merito*, loc.cit..

<sup>235</sup> CONSOLO, *Spiegazioni I*, cit, 258, il quale osserva che l' opinione secondo cui l' art 112 c.p.c.sarebbe espressivo della regola della rilevabilità d' ufficio delle eccezioni, salvo espresse eccezioni “è probabilmente esatta nei limiti in cui evidenzia che non vi è alcuna ragione processuale alla base dell' eccezione in senso stretto, poiché effettivamente la rilevabilità d' ufficio del fatto estintivo impeditivo modificativo non importa alcuna deroga al principio dispositivo”.

(nel cui interesse siano in grado di produrre effetti), l'esclusivo potere di rilevarli (in questi casi specifici, il mancato esercizio di tale potere potrebbe assumere per lo stesso legislatore valore di comportamento concludente della volontà della stessa parte a rinunciare la tutela del proprio interesse)<sup>236</sup>. Ciò probabilmente spiega perchè si considerino eccezioni di merito non rilevabili d' ufficio, non soltanto le eccezioni che espressamente il legislatore sottopone all'istanza di parte, come ad esempio quella di prescrizione ex art. 2938 c.c., o di decedenza ex art. 2969 c.c., o di compensazione ex art. 1242 c.c., o di annullamento contrattuale per errore, violenza o dolo o incapacità ex art. 1442 c.c., o quella di rescissione del contratto ex art. 1449 c.c., ma anche eccezioni affini a queste, per le quali in via interpretativa sia ricostruibile la medesima volontà del legislatore (pure se non esplicita) di assoggettare all'esclusiva rilevanza di parte, come ad esempio, quella in materia di collazione nella divisione ereditaria per il riconoscimento delle migliorie apportate ex art. 748 c.p.c., o quello per le migliorie apportate dall'enfiteuta ex art. 975 c.c., o per le spese sopportate dall'usufruttuario ex art. 1006 c.c., o per le riparazioni, miglioramenti o addizioni da parte del possessore ex art. 1152 c.c., o quella di inadempimento nei contratti a prestazioni corrispettive ex art. 1460 c.c., o quella per i vizi della cosa venduta ex art. 1495 c.c., o quella di difformità o vizi dell'opera in escussione del contratto di appalto ex art. 1667 c.c., o quella di beneficio di escussione del fideiussore ex art. 1944 c.c., o di beneficio di escussione del patrimonio sociale per i debiti sociali ex art. 2268 c.c.<sup>237</sup>. Va infine osservato che, sebbene sia indubbio il riferimento dell'art. 112 c.p.c. alle eccezioni di merito, essendo esso finalizzato a delimitare i poteri del giudice rispetto ai profili sostanziali della tutela, non può non rilevarsi che anche con riferimento alle eccezioni di rito viene ribadita la stessa distinzione tra eccezioni anche d' ufficio ed eccezioni “non rilevabili d' ufficio”, perchè rilevabili solo ad istanza di parte<sup>238</sup>.

<sup>236</sup> MERLIN, *Compensazione I*, cit. 316 e ss.; CONSOLO, *Spiegazioni I*, cit. 258.

<sup>237</sup> ORIANI, in *Digesto, IV, Discipline privatistiche, Sezione civile*, voce *Eccezione*, cit. 300.; ID., *L'eccezione di merito*, loc.cit..

<sup>238</sup> A tal proposito Cass. 22 maggio 2007, n. 11837 in *Foro it., Rep. 2007*, voce *Procedimento civile, n.119*, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità cost. dell' art. 112 c.p.c., in relazione agli art. 24 e 111 Cost., nella parte in cui consente il rilievo d' ufficio della questione attinente alla legittimazione ad agire in ogni stato e grado del processo; infatti la *legitimitas ad causam* non attiene al merito della causa, ma alla regolare instaurazione del contraddittorio, la cui sussistenza può essere accertata dal giudice, sulla base della prospettazione offerta dall' attore, sino alla conclusione del processo, col solo limite del giudicato interno e senza necessità d' impulso delle parti, senza che ciò arrechi un *vulnus* al

**10. Le eccezioni rilevabili d' ufficio nel processo di appello.**

Nel giudizio di appello (a seguito della riforma del 1990) ex art. 345 comma 2° c.p.c. : “ non possono proporsi nuove eccezioni che non siano rilevabili anche d' ufficio”<sup>239</sup>. Secondo Converso<sup>240</sup>, sono però sempre ammissibili le eccezioni, in senso lato ed in senso stretto, indotte dalla sentenza di primo grado, cioè il divieto di proposizione di eccezioni ad istanza di parte dell'art. 345 comma 2° c.p.c., ha come presupposto che si tratti di eccezioni deducibili in primo grado e non dedotte. Ciò emerge da una lettura sistematica dell' art. 345 c.p.c. , il quale fa sempre salva la possibilità di azione, che include quella di eccezione, rispetto a quanto non poté essere azionato (ed eccepito) in primo grado, ciò sia in riferimento ai danni successivi alla sentenza di primo grado (1° comma), sia in riferimento alle prove incolpevolmente non dedotte (3° comma); diversamente si inciderebbe in un vizio di costituzionalità, ex art. 24, 2° comma Cost.<sup>241</sup>. Tale interpretazione deve avvenire sistematicamente in correlazione con l'art. 395, n. 3 c.p.c.; se è ammissibile il rimedio straordinario della revocazione della sentenza per il ritrovamento di un documento decisivo, è ammissibile anche un'eccezione formulata in secondo grado e fondata sulla sentenza di primo, eccezione che non poté essere ovviamente dedotta in quel grado<sup>242</sup>.

---

diritto di difesa delle stesse.

<sup>239</sup> Resta ferma la distinzione fra eccezioni vere e proprie e le mere difese, costituite dalla contestazione dei fatti costitutivi della avversa domanda ovvero dalla contestazione della fondatezza in diritto della domanda anzidetta, queste ultime sono sempre ammissibili senza limiti.

<sup>240</sup> CONVERSO, *Il giudizio di appello*, in *Il nuovo processo civile e il giudice di pace*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della magistratura*, vol. III, 1997.

<sup>241</sup> ID., *Il giudizio in appello*, loc. cit..

<sup>242</sup> ID., *Il giudizio in appello*, loc. cit..

CAPITOLO 2) IL CONTRADDITTORIO DELLE PARTI RISPETTO ALL'INIZIATIVA DEL GIUDICE NELLA FASE ISTRUTTORIA DEL PROCESSO ORDINARIO DI COGNIZIONE (E CONTROVERSIE REGOLATE SECONDO IL MODELLO DEL PROCESSO ORDINARIO DI COGNIZIONE)<sup>243</sup>

**Sommario:** **1.** Il dovere di collaborazione del giudice con le parti ex art. 183 comma 4° c.p.c.; **2.** Segue. La richiesta dei chiarimenti alle parti ex art. 183 comma 4° c.p.c.; **3.** Segue. L'indicazione alle parti delle questioni rilevabili d'ufficio ex art. 183 comma 4°; **4.** Il contraddittorio delle parti verso le questioni di giurisdizione, competenza, litispendenza, continenza e connessione, rilevabili d'ufficio, ex artt. 37, 38 comma 3°, 39 e 40 comma 2° c.p.c.; **5.** L'art. 183 comma 4° c.p.c. alla luce del nuovo art. 101 comma 2° c.p.c. e del principio del "giusto processo"; **6.** La rilevazione di questioni officiose dopo la trattazione e il rispetto del contraddittorio; **7.** Il contraddittorio delle parti rispetto alla rilevazione officiosa di una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito nella disciplina ex art. 187 comma 2° e 3° c.p.c.; **8.** Il contraddittorio delle parti verso le prove ammesse d'ufficio ex art. 183 comma 8° c.p.c.; **9.** Segue. "Alcune questioni" connesse alla pratica applicazione dell'art. 183 comma 8° c.p.c.; **10.** Segue. Il termine ex art. 183 comma 8° determinato in base ad un "dies a quo mobile"; **11.** Il libero interrogatorio delle parti disposto dal giudice ex art. 183 comma 9° c.p.c.; **12.** I mezzi di prova ammissibili d'ufficio; **13.** Segue. Il contraddittorio delle parti nella C.T.U.; **14.** Segue. La modifica dell'art. 195 comma 3° c.p.c., con la legge 69/2009; **15.** La dibattuta questione delle prove atipiche e della loro ammissibilità officiosa; **16.** Il contraddittorio delle parti verso le nuove prove ammesse d'ufficio nel processo di appello ex art. 345 c.p.c.; **17.** Il contraddittorio delle parti rispetto all'iniziativa del giudice nella fase istruttoria a cognizione piena dei processi di separazione e divorzio; **18.** Segue. ...E nella fase istruttoria a cognizione piena del rito possessorio.

---

<sup>243</sup> Il processo ordinario di cognizione, con l'emanazione del dlgs 150/2011 è stato utilizzato come modello per una serie di particolari controversie, introducendo in ogni singola tipologia di controversia una serie di manipolazioni, al fine di adattarlo al nuovo ambito di funzionamento ed espungendo le norme incompatibili. Le controversie in questione sono: controversie in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, opposizione a procedura coattiva per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato e degli altri enti pubblici, controversie in materia di liquidazione degli usi civici.

*1. Il dovere di collaborazione del giudice con le parti ex art. 183 comma 4° c.p.c..*

L'art. 183, comma 4° c.p.c., definisce la sfera dei poteri officiosi del giudice, rimettendogli il compito di richiedere alle parti i necessari chiarimenti, sulla base dei fatti allegati, e di indicare le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritenga opportuna la trattazione. Questo colloca il magistrato in una complicata posizione di equilibrio, schiacciata dal dovere di collaborazione con le parti e di sollecitazione del procedimento, da un lato, e dall'altro dal superiore dovere di imparzialità.

In osservanza all'art. 183, comma 4°, c.p.c si ha:

- 1) la richiesta alle parti dei chiarimenti necessari, "sulla base dei fatti allegati";
- 2) l'indicazione alle stesse delle questioni rilevabili d'ufficio di cui si ritiene opportuna la trattazione<sup>244</sup>;
- 3) la vera e propria rilevazione di questioni officiose idonee, quanto meno in via prognostica, ad influire sulla decisione.

Nello svolgimento di queste attività, oltre che all'interrogatorio libero delle parti, il giudice assolve al suo dovere di collaborazione perseguendo una molteplicità di obiettivi: da un lato tende al chiarimento dei fatti allegati dalle parti a sostegno di domande ed eccezioni, dall'altro, svolge un compito con riflessi sul *thema decidendum*, ed anche sul *thema probandum*, consentendo che si disveli il comportamento delle parti rilevante per la decisione (ex art. 116 c.p.c.); infine, garantisce la pienezza sostanziale del contraddittorio difensivo anche in ordine alla trattazione completa delle questioni officiose<sup>245</sup>. Con la riforma del 1990 l' art. 183 comma 4°<sup>246</sup>c.p.c. ha ricevuto la sola sostituzione lessicale "chiarimenti" in

---

<sup>244</sup> Una previsione simile era contenuta pure nel rito societario, introdotto con il dlgs 5/2003 e abrogato con la legge 69/2009, ove prevedeva nell' art. 12: che il decreto di fissazione dell' udienza, sottoscritto e depositato in cancelleria dal giudice relatore, doveva contenere ex art. 12 lettera c) " l' indicazione delle questioni di rito e di merito rilevabili d' ufficio". Inoltre nell' art. 12 lettera b) prevedeva che tale decreto doveva contenere pure l' ammissione dei mezzi istruttori disponibili d' ufficio.

<sup>245</sup> Sulle diverse funzioni dell'attività giudiziale nel corso della trattazione, pur con particolare riferimento all'interrogatorio libero, CIVININI, *L'interrogatorio libero delle parti e dei loro difensori*, in *Il nuovo processo civile e il giudice di pace*, *Quaderni del C.S.M.*, 1997, Vol. II, n. 92, 108-110.

<sup>246</sup> Solo attualmente a seguito della riforma del 2005 sull' art. 183 c.p.c. tale disposizione è diventato comma 4°; prima del 2005 e a seguito della riforma del 1990 costituiva il comma 3°. Già il testo originario del codice di procedura civile del 1942, prevedeva questa forma di collaborazione tra giudice e parti, racchiusa in tale disposizione, disponendo nell' art. 183 comma



luogo di “schiarimenti”, certo è insuscettibile di modificare la sua portata normativa, nonché l’inserzione “sulla base dei fatti allegati” con primario riferimento all’attività di richiesta di chiarimenti: inserzione da taluni giudicata “forse superflua, perché è difficile pensare che nella disciplina previgente queste attività del giudice potessero esorbitare dalle allegazioni di parte”<sup>247</sup>.

In realtà, se si associa il regime delle preclusioni, in parte riguardanti la stessa rilevazione di questioni officiose, determinato dallo svolgimento e dalla conclusione della trattazione, alle indubbie difficoltà, teoriche ed applicative, esistenti nella sistematizzazione dei temi della modificazione e del mutamento delle domande e delle eccezioni, si perviene agevolmente alla conclusione che la disposizione in esame, nel nuovo contesto, chiede al giudice una partecipazione, sempre equidistante, ma ben più attiva alla determinazione dei temi d’indagine (partecipazione obiettivamente scoraggiata dal sistema precedente), senza che ciò possa apparire come una *deminutio* del suo ruolo<sup>248</sup>. Tali preclusioni postulano “che il processo diventi luogo di dialogo trasparente e di confronto leale” nel quale sia reso “effettivo per gli interessati il diritto ad essere ascoltati e per il giudice il dovere di rendere visibili i punti che ritiene essenziali, decisivi o rilevanti” al fine dello sviluppo del dibattito processuale, ed, al contrario, un atteggiamento silente e rinunciatario dell’istruttore, timoroso di sbilanciarsi in un senso o nell’altro rispetto alle posizioni dei contendenti, finirebbe per svilire la novità apportata dalla riforma del 1990, laddove è appunto nel configurato “dovere di “esternazione” che può cogliersi il punto più alto dell’impegno del giudice nella direzione del processo. Indicare i punti che il giudice ritiene rilevanti o decisivi per la controversia, non significa venir meno al dovere istituzionale di imparzialità, ma incanalare subito il processo lungo i binari più utili

---

2° c.p.c. : “Il giudice richiede alle parti gli schiarimenti necessari e indica loro le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”. Il testo normativo ha subito i necessari aggiustamenti lessicali nelle riforme citate, susseguenti all’ introduzione di rigide barriere preclusive nell’ allegazione dei fatti, oltre che nella deduzione istruttoria. La disposizione contenuta nell’ impianto originario del codice è comunque giunta ai giorni nostri sostanzialmente immutata, seppur con la trascurabile variante lessicale che ha visto la sostituzione degli arcaici “schiarimenti” ai più attuali chiarimenti e l’ inserzione delle parole “sulla base dei fatti allegati” , precisando che i chiarimenti necessari saranno richiesti sulla base dei fatti allegati.

<sup>247</sup> CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Roma-Bologna, 1992, 175.

<sup>248</sup> GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580 e ss..

per il contraddittorio”<sup>249</sup>; il cui perseguimento diventa, in tal senso, effettivo (e non meramente formale) in attuazione dei principi costituzionali <sup>250</sup>.

## *2. Segue. La richiesta dei chiarimenti alle parti ex art. 183 comma 4° c.p.c..*

La richiesta di chiarimenti (il c.d. interrogatorio dei difensori), avendo ad oggetto tutti i punti oscuri o non sufficientemente nitidi, che in relazione ai fatti allegati il giudice ritenga di sottoporre all'attenzione delle parti, è suscettibile di essere svolta, in ordine ai fatti allegati, anche mano a mano che le domande ed eccezioni nuove, nonché le precisazioni e modificazioni delle stesse, abbiano evidenziato l'emersione (per quanto ammissibile) di nuovi fatti o di nuovi elementi di fatti già dedotti necessitanti delucidazioni. Questo esercizio del potere sollecitatorio, da svolgersi nel corso della trattazione, ben potrà suscitare una questione rilevabile d'ufficio, assorbente rispetto a tutto o a parte della materia controversa, da sottoporsi anch'essa ai contendenti.

Quanto al limite di prospettiva che impegna il giudice nella richiesta dei chiarimenti (sulla base dei fatti allegati), esso, se riguarda con certezza i fatti principali, non è detto inerisca anche ai fatti secondari, quanto meno a quelli che non abbiano inferenza con la determinazione del tema d'indagine, ma attengano alle circostanze rilevanti sotto il profilo probatorio. Va anche dato atto che, sebbene la norma non sembra costruita dal punto di vista letterale (“Il giudice richiede ...”) e da quello funzionale (i chiarimenti da richiedere sono quelli “necessari”) per favorire tale interpretazione, la giurisprudenza ha in passato ritenuto la detta attività come squisitamente discrezionale, ed ha considerato che il suo mancato espletamento, lungi dal poter formare oggetto di un motivo d'impugnazione, comportasse soltanto una maggiore attivazione probatoria della parte che avrebbe avuto interesse a rendere i chiarimenti stessi <sup>251</sup>. Per altro verso, il detto compito è stato considerato rientrare, oltre che nelle competenze dell'istruttore, anche in quelle del collegio, siccome investito, quale organo della

---

<sup>249</sup> GILARDI, *Udienza di trattazione e preclusioni nel nuovo processo civile*, in *Questione Giustizia*, 1993, 639

<sup>250</sup> CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, V, 5-6.

<sup>251</sup> Cass. 29 aprile 1982, n. 2712.

decisione, di un potere di controllo e supervisione su tutto quanto compete all'istruttore<sup>252</sup>.

Per oltre un quarantennio la previsione sugli "schiarimenti" e sulle questioni rilevabili d'ufficio è passata quasi completamente sotto silenzio nel disinteresse degli studiosi che ne hanno, in genere, fornito una lettura riduttiva e marginalizzante. La nomofilachia ribadiva che la previsione codicistica facente riferimento all'obbligo del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio fosse in realtà l'espressione di una facoltà discrezionale del magistrato, cosicché il mancato esercizio di essa non poteva formare oggetto di ricorso in cassazione<sup>253</sup>. Tale principio è stato ribadito anche recentemente: "la richiesta alle parti, ad opera del giudice istruttore, dei chiarimenti necessari (applicabile anche al giudice collegiale e, attraverso il richiamo dell'art. 359 c.p.c. anche in appello), costituisce un'attività squisitamente discrezionale, il cui mancato uso, lungi dal poter formare giudizio di impugnazione per violazione della legge processuale, comporta soltanto una maggior attivazione probatoria della parte che avrebbe avuto interesse a rendere i chiarimenti stessi"<sup>254 255</sup>.

Solo in anni più recenti è emersa una maggior sensibilità e consapevolezza della rilevanza del contraddittorio, esplicabile dalle parti su questioni rilevate d'ufficio dal giudice, sostenendo la nullità delle pronunce di "terza via" basate su questioni rilevate officiosamente, (non sottoposte al previo contraddittorio delle parti e

---

<sup>252</sup> Cass. 2 giugno 1997, n. 4886, che ha pertanto considerato legittima l'ordinanza con il quale il collegio abbia rimesso le parti innanzi all'istruttore per l'acquisizione dei suddetti chiarimenti.

<sup>253</sup> Cass., 10 agosto 1953, n. 2694, in *Foro it.*, 1954, I, 1276.

<sup>254</sup> Cass. 29 aprile 1982, n. 2712; Cass. 28 gennaio 2004, n. 1572 in *Dir. e giur. Agr.*, 2005, 358, nota di TOMMASINI; Cass. 27 luglio, n. 15705, la Suprema Corte ritiene infondato il motivo del ricorso perchè la sent. non è affetta da nullità, poiché non può essere pronunciata la nullità di atti del processo se la nullità non è comminata dalla legge e una disposizione in tal senso manca nell'art. 183 c.p.c.; Cass. Civ. Sez. un. n. 18128/2005; Cons. St. 24 giugno 2006, n. 4041; Cass. Civ. Sez. un. 30 settembre 2009, n. 20935, che pone alcuni distinguo, difatti censura l'argomentazione della mancata previsione espressa della nullità su cui si fonda la sentenza della Cassazione, sez.II, 27 luglio 2005, n.15705. Il Collegio, infatti, in linea con analoghe critiche formulate dalla dottrina, afferma che "Il principio della tassatività delle nullità non trova applicazione per le nullità extraformali qual è appunto quella derivante dalla violazione del principio del contraddittorio".

<sup>255</sup> Per una dettagliata analisi degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali garantisti (che riconoscono la nullità della sentenza della "terza via", cioè quelle pronunce dove il giudice decide in base a questioni rilevate d'ufficio, non indicate alle parti in fase di contraddittorio) e sostanzialisti (che argomentano la validità delle pronunce della "terza via" sulla base dell'assenza di una previsione normativa espressa che ne sancisca la nullità), si veda la parte terza della presente indagine.

tendenzialmente basate su fatti che esse non hanno allegato ma che sono emersi dagli atti, senza che i contendenti potessero controdedurre a questi fatti dedotti officiosamente,) per violazione del principio del contraddittorio come era al tempo desumibile dall'art. 183 c.p.c. in relazione all'art. 101 c.p.c. ed alla luce dell'art. 24 Cost., censurando la nullità con prescritti mezzi d'impugnazione<sup>256</sup>, tale impostazione è stata ulteriormente rafforzata grazie all'introduzione dell'art. 111 comma 2° Cost. sul “giusto processo”<sup>257</sup> secondo cui “ogni processo si svolge in contraddittorio delle parti, in condizione di parità...”. La svolta si è avuta però solo grazie ad alcune pronunce “rivoluzionarie”<sup>258 259</sup> della Cassazione, ma soprattutto grazie all'introduzione nel 2006 dell'art. 384 comma 3° c.p.c., nel giudizio di cassazione: “Se (il giudice) ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione”, e nel 2009 dell'art. 101 comma 2° c.p.c., nelle

---

<sup>256</sup> TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996, 85; fra gli altri, anche FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 783 e ss., il quale, dopo aver richiamato il suo precedente scritto sul tema *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinati*, 1984, 5 e ss., da un lato, ribadisce il suo convincimento secondo cui la *quaestio* rilevata dal giudice non necessariamente appartiene al comune sapere delle parti e, dall'altro, sottolinea che la sanzione di nullità della decisione dovrebbe comunque inerire alle sole violazioni “che abbiano effettivamente privato le parti della facoltà di difendersi, rispetto ad elementi di fatto e di diritto rilevanti per la decisione”; MARELLI, *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, Padova, 1996, 44, 55, aderendo a detto filone interpretativo, formula anche il parallelo con l'attuale testo dell'art. 829 c.p.c. il quale prescrive la nullità del lodo arbitrale se non è stato osservato il principio del contraddittorio

<sup>257</sup> Per un'analisi puntuale sul contraddittorio alla luce del “giusto processo” si veda la parte prima della presente indagine.

<sup>258</sup> Cass. Civ. 21 novembre 2001, n. 14637, per la prima volta riconosce la nullità della sentenza di “terza via” (dando via ad un filone interpretativo definito “garantista”), è il frutto della riflessione avviata dalla giurisprudenza e dalla dottrina sul nuovo testo dell'art. 111, la Corte ritiene che il comma 4° dell'art. 183 c.p.c., che impone al giudice di richiedere alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e di indicare le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione, sia espressione piena del principio del contraddittorio che governa il processo. E' un principio “che il giudice deve far osservare e deve osservare egli per primo, tant'è che deve significare alle parti le questioni che ritiene rilevino, cosicché esse non possano trovarsi di fronte ad una decisione a sorpresa, adottata sulla base di una terza via rispetto a quelle alternativamente da esse sostenute”, LUISO, *Questioni rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1611-1615, e in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Cass. Civ. 27 luglio 2005, n. 15705; Cass. Civ. 5 agosto 2005, n. 16577; Cass. Civ. 31 ottobre 2005, n. 21108; Cass. Civ. 9 giugno 2008, n. 15194.

<sup>259</sup> Per una dettagliata analisi sugli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali garantisti si veda la parte terza della presente indagine.

disposizioni generali del codice: “Se (il giudice) ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”<sup>260</sup>. Tali previsioni tendono a bandire le pronunce di “terza via” imponendo il contraddittorio *ex ante* delle parti sulla questione officiosamente sollevata mediante la concessione di un termine alle parti per il deposito di osservazioni sulla medesima questione e nel caso dell’art. 101 comma 2° c.p.c. la pena della nullità della pronuncia; in pratica è regola fondamentale del processo civile il principio dispositivo in base al quale è vietato al giudice di porre a base della propria decisione fatti non dedotti dalle parti, o comunque non risultanti dagli atti di causa. Il giudice non può quindi basare la propria decisione su un fatto che nessuna delle parti abbia mai in alcun modo dedotto in causa; se i fatti posti a fondamento di eccezioni rilevabili d’ufficio emergessero pure dalle cosiddette allegazioni “silenti”<sup>261</sup>, di cui le parti non abbiano avuto piena consapevolezza (ad esempio, perchè risultanti da documenti prodotti per dimostrare fatti del tutto diversi), verrebbe compromesso il diritto di difesa della parte precludendole una reazione efficace e pronta<sup>262</sup>.

Sulla base di una lettura correlata dell’art. 183 comma 4° c.p.c. con l’art 101 comma 2° c.p.c., si deduce che a norma dell’art. 183 comma 4° c.p.c. il giudice deve indicare alle parti le questioni rilevabili d’ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione, se tuttavia però ciò non avvenga in quella sede, il giudice può, a norma dell’art. 101 comma 2° c.p.c., al momento della decisione, assegnare alle parti un termine da venti a quaranta giorni, per permettere loro di contraddire e difendersi, sulla questione rilevata officiosamente<sup>263</sup>; una sanzione di nullità, consacra definitivamente l’obbligatorietà del previo contraddittorio delle parti su qualsiasi “questione rilevata d’ ufficio mai sottoposta al contraddittorio e che il giudice

---

<sup>260</sup> Tali disposizioni costituenti il fondamento della presente indagine saranno approfonditamente affrontate nella terza parte della presente indagine.

<sup>261</sup> I c.d. fatti avventizi, per maggiori dettagli si veda il primo capitolo della seconda parte della presente indagine.

<sup>262</sup> Cass. 22 giugno 2007, n. 14581.

<sup>263</sup> Ovviamente qualora il giudice si avveda di una questione dopo l’udienza di trattazione può, o meglio deve, stimolare il contraddittorio, in ogni fase, senza attendere il momento della decisione.

intenda porre a fondamento della pronuncia finale. In pratica il rilievo delle questioni officiose deve intervenire di regola nell' udienza di prima comparizione/trattazione ex art. 183 comma 4°, ma nel caso in cui ciò non avvenga il giudice può rimediare in decisione con lo strumento sanante del novellato art. 101 comma 2° c.p.c. che ha dunque natura sussidiaria ed auspicabilmente eccezionale, in quanto è destinato ad operare solo in caso di tardiva rilevazione da parte del giudice della questione officiosa, favorendo la collaborazione tra giudice e parti.

In ogni caso l'esercizio diligente della richiesta di chiarimenti, come disposta dall'art. 183 comma 4° c.p.c. si appalesa di notevole utilità per l'ordinato e coerente sviluppo del procedimento, poiché, a parte le ripercussioni dei chiarimenti resi sulla definizione del tema d'indagine e sull'evenienza di questioni a rilevazione officiosa, l'attivazione di questo potere di sollecitazione da parte del giudice (il quale già può formulare nel foro interno una previsione provvisoria di congruenza fra domande ed eccezioni, da un lato, e fatti allegati nonché, ove indicati, strumenti probatori prospettati a loro rispettivo sostegno, dall'altro) contribuisce ad orientare l'attenzione delle parti sugli snodi effettivamente influenti della controversia e, se esige un costo in termini di impegno da parte dell'istruttore, promette vantaggi processuali, in termini di maggiore celerità e di deflazione delle controversie da non sottovalutare<sup>264</sup>.

### *3. Segue. L'indicazione alle parti delle questioni rilevabili d' ufficio ex art. 183 comma 4° c.p.c..*

Per quanto riguarda l'attività di indicazione alle parti delle questioni rilevabili d' ufficio, va notato che il termine adottato non può non comprendere tutti i punti logico-giuridici dirimenti in relazione ai quali l'ordinamento contempra il potere-dovere officioso di rilevazione; dunque, sia quelli che scaturiscono da diverse

---

<sup>264</sup> GILARDI, *Un progetto per la giustizia civile*, in *Questione Giustizia*, 1997, 340, analizzando i risultati di un primo censimento di esperienze concrete, nota che, pur in modo non uniforme, in dipendenza di difficoltà, ritardi o addirittura atteggiamenti di disimpegno sul piano organizzativo, “dovunque il contraddittorio è tornato ad essere la legge del rapporto trilatero giudice-parti, è stato maggiormente agevole pervenire a più rapidi chiarimenti, definire o abbandonare la lite, ottenere decisioni in tempi incomparabilmente più brevi di quanto non fosse fino a ieri”.

opzioni interpretative e qualificative della fattispecie dedotta, sia (conseguentemente) quelli che rientrano nelle eccezioni di merito in senso lato (nell'ambito di fatti estintivi, impeditivi o modificativi), sia quelli attinenti a questioni di rito rilevabili officiosamente per espressa e testuale previsione (ad esempio, quella di giurisdizione ex art. 37 c.p.c. o di nullità per mancato intervento del pubblico ministero ex art. 158 c.p.c.); a questi vanno aggiunti i casi di nullità processuali extraformali, ossia quelli con riferimento ai quali l'atto nullo risulta inidoneo a concretare l'evento processuale cui è finalizzato (categoria che non è ricompresa nel regime di rilevanza e sanatoria previsto dagli artt. 156 e 157 c.p.c.)<sup>265</sup>.

Come specificato, prima che le riforme intervenute (principalmente l'introduzione dell'art. 101 comma 2°), disponessero l'effettivo obbligo del giudice di sottoposizione delle questioni rilevate d'ufficio al previo contraddittorio delle parti (e non più l'espressione di un'attività squisitamente discrezionale come previsto dal previgente orientamento della Suprema Corte), l'invito alla trattazione di tali questioni nasceva da una ragionevole valutazione di opportunità circa la loro influenza rispetto alla definizione di uno o più punti della materia in lite, al fine di richiamare sulle stesse l'attenzione delle parti; attenzione che d'altro canto esse avrebbero dovuto autonomamente prestare, dato il carattere dirimente dei relativi punti. In tale inquadramento, il riferimento alla discrezionale opportunità di stimolare la trattazione dell'una o dell'altra questione, veniva interpretato nel senso che tale valutazione di opportunità riservata al giudice, circa la promozione (o meno) della dialettica processuale su questa o quella questione rilevabile d'ufficio, si esauriva nella sola previsione (necessariamente allo stato degli atti) di influenza (o meno) di detta questione nella futura definizione della controversia, fermo restando che, una volta formulata positivamente detta previsione, il giudice era tenuto ad inserire la questione nella dialettica processuale<sup>266</sup>.

---

<sup>265</sup> LAZZARO-GUERRIERI-D'AVINO, *L'esordio del nuovo processo civile*, Milano, 1997, 279-281.

<sup>266</sup> COMOGLIO, *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in *Riv. dir. Proc.*, 1998, 987, così fissa il punto: "Nello stesso atto del rilevare, quindi, si deve perlopiù reputare implicita o immanente (non già, sul piano processuale, la semplice opportunità, ma addirittura, in termini costituzionali) la necessità di sollecitare, sin da quel momento, la trattazione di quanto si sia rilevato, nel pieno contraddittorio delle parti".

Inoltre, date le preclusioni dell' art. 183 c.p.c., la tempestiva indicazione di questioni rilevabili d' ufficio è utile anche per consentire alle parti di esercitare con piena consapevolezza delle prospettive della causa, lo *ius poenitendi* in ordine alle domande ed eccezioni e poi di formulare le corrispondenti istanze probatorie.

Infatti, pur dopo la trattazione, dette questioni, ad eccezione di quelle per le quali l'ordinamento abbia contemplato un limite alla stessa rilevazione officiosa, possono essere ancora rilevate; spesso esse vengono addirittura individuate direttamente (e per la prima volta) in fase decisoria secondo la previsione dell' art. 101 comma 2° c.p.c.”<sup>267</sup>.

*4. Il contraddittorio delle parti verso le questioni di giurisdizione, competenza, litispendenza, continenza e connessione, rilevabili d' ufficio, ex artt. 37, 38 comma 3°, 39 e 40 comma 2° c.p.c..*

L'eccezione processuale per il difetto di giurisdizione è rilevabile “anche d'ufficio”, ex art. 37 c.p.c., in qualunque stato e grado del processo ex art. 37 c.p.c.; il giudice nel rilevare il difetto di giurisdizione dovrà adempiere al dovere impostogli ex art. 183 comma 4° c.p.c., indicando alle parti tale questione rilevata d' ufficio, in modo tale che possa compiersi il contraddittorio per l'accertamento di tale questione. Lo strumento che consente alle parti di contestare la giurisdizione del giudice adito, ricorrendo alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, per ottenere una decisione definitiva e vincolante, è il regolamento di giurisdizione, ex art. 41 c.p.c., che però può essere proposto prima che la causa sia decisa nel merito in primo grado; dopo tale momento, l'eventuale difetto di giurisdizione potrà esser fatto valere con gli ordinari mezzi di impugnazione.

Fra le altre questioni che incombe al giudice officiosamente rilevare, è importante segnalare ex art. 38 comma 3° c.p.c., in particolare: l'incompetenza per materia, valore e per territorio inderogabile che, pure in via officiosa, deve avvenire non

---

<sup>267</sup> D'ASCOLA, *La nuova “prima udienza”, con particolare riferimento agli incumbenti del giudice istruttore. Preclusioni istruttorie*, in *Il nuovo processo civile e il giudice di pace, Quaderni del C.S.M.*, 1997, n. 92, Vol. II, 47: “In un processo retto da preclusioni un simile comportamento costituisce insopportabile violazione di norme processuali”, in quanto a causa del tardivo rilievo di questioni di tal genere “le parti subirebbero le decadenze nel frattempo maturate in punto di prove costituenti e forse anche in punto di allegazioni. Si verificherebbe quindi un'alterazione del binario processuale previsto”.



oltre la prima udienza (dopo che sia stato superato senza eccezioni o rilievi detto limite, per la causa resterà fissata la competenza del giudice adito, anche con riguardo a procedimenti vertenti su temi per cui operi la riserva di collegialità), e il rilievo della connessione<sup>268</sup>.

Prima della riforma del 1990, il momento preclusivo coincideva con la decisione, potendo anzi le questioni di competenza per materia e per territorio inderogabile essere dedotte anche nei successivi gradi di giudizio, (ove non precluse dal giudicato), attualmente la preclusione riguardo il rilievo officioso delle questioni di incompetenza per materia, valore e territorio inderogabile è coincidente con l'udienza dell'art. 183 c.p.c..

Spetta perciò relativamente alle questioni dell'art. 38 comma 2° c.p.c. (incompetenza rilevabile d' ufficio), al giudice, di chiedere chiarimenti necessari alle parti, in mancanza di elementi risultanti dagli atti, per l'individuazione del giudice competente; l'ordinanza con cui vengono richiesti tali chiarimenti non è impugnabile con regolamento di competenza<sup>269</sup>. Difatti in base all'ultimo comma dell'art. 38 c.p.c. l'istruttoria relativa all'accertamento sulla sussistenza dei fatti storici fondanti la competenza del giudice adito, deve basarsi su ciò che risulta dagli atti, assunte soltanto sommarie informazioni.

Conclusosi l'accertamento, il giudice decide sulla questione di competenza e le parti avranno la possibilità di contestare il provvedimento del giudice, mediante l'impugnazione con regolamento di competenza, sia nella forma necessaria, sia facoltativa, ex artt. 42 e 43 c.p.c., in base ai termini indicati nell'art. 47 c.p.c..

Altro caso di preclusione processuale che matura con riguardo all'udienza dell' art. 183 c.p.c. sembra essere quello inerente alla formulazione del rilievo officioso (oltre che dell'eccezione di parte) della questione di connessione, ex art. 40, comma 2°, c.p.c.. Infatti, la generica locuzione "prima udienza" ha dato problemi interpretativi prima della riforma del 2005 (che ha previsto un' unica udienza ex art. 183 sia per la prima comparizione, sia per la trattazione), quando sussisteva l'udienza di prima comparizione ex il previgente art. 180 c.p.c. e l'udienza di trattazione ex il previgente art. 183 c.p.c.; in quel contesto non poteva essere intesa in senso letterale con riferimento all'udienza di prima comparizione

---

<sup>268</sup> CAPPONI, *Note sui nuovi artt. 180 e 183 c.p.c.*, in *Foro it.*, 1996, I, 1080-1081.

<sup>269</sup> Cass. Civ. 13 febbraio 1995, n. 1562.

prevista dal previgente art. 180 c.p.c., poichè: è nella fase di trattazione che il tema d'indagine acquista forma compiuta ed in base ad esso possono verificarsi in modo pieno le eventuali ragioni di connessione idonee ad influire sulla competenza<sup>270</sup>. In questo caso, si manifesta l'opportunità, se non la necessità, di avviare direttamente la causa per la decisione sulla sollevata o rilevata questione di connessione (ovviamente in caso di prognosi favorevole), data l'esigenza di non valicare il limite ostativo a che le cause connesse e pendenti innanzi a giudici diversi possano godere del *simultaneus processus* (limite dato dal raggiungimento da parte della causa principale o della causa preventivamente proposta, di uno stato tale da non consentire l'esauriente trattazione e decisione della causa connessa).

Pure in questo caso, conclusosi l'accertamento, dopo che il giudice avrà disposto l'ordinanza con la quale dichiara la connessione delle cause, pronunciando in tal modo sulla competenza senza decidere sul merito, le parti avranno la possibilità di impugnare il provvedimento del giudice con regolamento necessario di competenza, ex art. 42 c.p.c., in base ai termini indicati nell'art. 47 c.p.c.. Lo strumento del regolamento necessario di competenza è utilizzabile inoltre, pure nel caso in cui giudice dichiara con ordinanza la litispendenza, ex art. 39 comma 1° c.p.c. (se una stessa causa è proposta davanti a giudici diversi, quello adito successivamente può in qualunque stato e grado del processo, anche officiosamente dichiarare la litispendenza con ordinanza e cancellare la causa dal ruolo); e nel caso in cui dichiara con ordinanza la continenza ex art 39 comma 1° c.p.c. (in caso di continenza di cause, il giudice adito per secondo dichiara con ordinanza la continenza, assegnando alle parti un termine perentorio entro il quale riassumere la causa presso il primo giudice, che in base al criterio della prevenzione, è competente anche per la causa proposta successivamente; nel caso in cui il giudice adito per primo, non sia competente anche per la causa successivamente proposta, sarà lui a dichiarare la continenza).

La connessione, la litispendenza e la continenza operano delle modificazioni sulla competenza, perciò le relative pronunce sono impugnabili con il regolamento necessario di competenza ex art. 42 c.p.c.. Inoltre ancora il regolamento necessario di competenza può essere utilizzato in base alla previsione dell'art. 42 c.p.c., pure

---

<sup>270</sup> CAPPONI, *Note*, cit., 1080.

verso i provvedimenti del giudice che dichiarano la sospensione del processo ex art. 295 c.p.c..

Dunque, il giudice rilevando officiosamente tali questioni, dovrà concedere alle parti la facoltà di contraddire per favorirne l'accertamento, inoltre la possibilità di impugnare con il regolamento necessario di competenza, l'ordinanza che pronuncia sulla competenza (senza decidere il merito della causa), anche ai sensi degli artt. 39 e 40 c.p.c., costituisce un ulteriore strumento di contestazione garantito alle parti.

##### *5. L'art. 183 comma 4° c.p.c. alla luce del nuovo art. 101 comma 2° c.p.c..*

Come anticipato, sulla base di una lettura correlata dell'art. 183 comma 4° c.p.c. con l'art. 101 comma 2° c.p.c., si deduce che a norma dell'art. 183 comma 4° c.p.c., il giudice deve indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione; però nel caso in cui ciò non avvenga in quella sede, il giudice può, a norma dell'art. 101 comma 2° c.p.c., al momento della decisione, assegnare alle parti un termine da venti a quaranta giorni, per permettere loro di contraddire e difendersi, sulla questione rilevata officiosamente<sup>271</sup>, a pena di nullità della pronuncia finale eventualmente successivamente adottata. Quindi in difetto del regolare rilievo delle questioni officiose che deve intervenire di regola nell'udienza di prima comparizione/trattazione ex art. 183 comma 4° c.p.c., il giudice può utilizzare in fase decisionale lo strumento sanante del novellato art. 101 comma 2° c.p.c., che assume una natura sussidiaria ed auspicabilmente eccezionale, essendo destinato ad operare solo in caso di tardiva rilevazione della questione officiosa. Ciò però non vale per le questioni di rito rilevabili d'ufficio ex artt. 38 comma 3° e 40 comma 2° c.p.c., dato che a norma dell'attuale art. 38 comma 3° c.p.c., le questioni di competenza devono essere rilevate, non oltre la prima udienza, stessa sorte vale per le questioni di connessione ex art. 40 comma 2° c.p.c.. Ne consegue che il sistema si sfrangia: mentre per le questioni afferenti la competenza e la connessione la barriera costituita dall'udienza di trattazione è

---

<sup>271</sup> Ovviamente qualora il giudice si avveda di una questione dopo l'udienza di trattazione può, o meglio deve, stimolare il contraddittorio, in ogni fase, senza attendere il momento della decisione.

invalicabile, senza poter attingere alla previsione di cui al citato art. 101 comma 2° c.p.c., per tutte le altre, il rispetto del termine di cui all'art. 183 c.p.c. è solo indicativo e auspicabile<sup>272</sup>.

Perciò il giudice ex art. 183 comma 4° c.p.c. può richiedere chiarimenti e rilevare questioni d'ufficio nei limiti dei fatti principali e secondari risultanti dagli atti allegati prima dello scadere delle preclusioni, interpretando e qualificando domande ed eccezioni nel rispetto del criterio di corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, ovvero col divieto di sostituire d'ufficio una azione diversa a quella espressamente e formalmente proposta, o di valorizzare eccezioni, dirette a paralizzare la domanda avversaria, non proposte espressamente dalla parte.

Inoltre una volta esaurita l'udienza di trattazione, se il giudice ritiene, nondimeno, di dover porre a fondamento della sua pronuncia una questione rilevata d'ufficio e non considerata dalle parti, riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni per il deposito di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione. Questa è la previsione del comma 2° art. 101 c.p.c., aggiunto dall'art. 45, comma 13°, della l. 69/2009; principio già presente nel giudizio di cassazione, per l'art. 384, comma 3°, c.p.c., introdotto dalla l. 40/2006, con la differenza che l'art. 101 comma 2° c.p.c. prevede espressamente una sanzione di nullità, cioè qualora il giudice decida la controversia sulla base di una questione non previamente sottoposta alle parti, la sentenza è nulla per violazione del principio del contraddittorio, per lo meno allorché l'*error in procedendo* abbia effettivamente impedito l'esercizio dei poteri processuali consequenziali al tardivo rilievo officioso. Il giudice d'appello che rilevi tale nullità, trattandosi di un'ipotesi non ricompresa nell'elencazione di cui agli artt. 353 e 354 c.p.c., dovrà rimettere le parti in termini per controdedurre, e quindi decidere la lite.

L'art. 101 comma 2° c.p.c. coinvolgendo i principi generali del processo ha un legame diretto in quanto costituente espressione e attuazione di alcune disposizioni costituzionali di fondamentale importanza in materia di contraddittorio, tanto è vero che si può affermare che dalle logiche del dialogo e dagli studi sulla "giusta decisione" delle cause si siano creati i presupposti per la

---

<sup>272</sup> FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 7.

formulazione di questa disposizione<sup>273</sup>. Il costante riferimento ai principi del “giusto processo” relativamente ai commi 1° e 2° dell’art. 111 Cost. riformato, ha necessitato una rilettura degli istituti processuali al fine di verificare la compatibilità con tali principi.

La sentenza di “terza via”, nel sistema antecedente a quello ora connotato dall’introduzione dell’art. 101, comma 2° c.p.c., non veniva ritenuta *ex se* nulla, in difetto di una previsione espressa di nullità, difatti secondo Cass. Civ. sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, ferma la violazione “deontologica” da parte del giudicante che avesse deciso, pronunciando sentenza sulla base di rilievi non previamente sottoposti alle parti, la nullità processuale non poteva essere, *ipso facto*, sempre e comunque predicata, quale esito indefettibile di tale omissione. Di conseguenza, in presenza delle sole questioni di fatto ovvero miste, di fatto e di diritto, si riteneva la parte soccombente legittimata a dolersi del decisum sostenendo che la violazione di quel dovere di indicazione avesse vulnerato la facoltà di chiedere prove (o di ottenere una eventuale rimessione in termini).

Il rilievo d’ufficio della questione, imposto dall’art. 183 comma 4° c.p.c., presupponendo un’attività del giudice, nella trattazione del processo, sin dalla prima udienza, deve esser coordinato con il rispetto dell’art. 175 c.p.c., nella parte in cui è disposto che lo svolgimento del procedimento sia improntato al principio di lealtà, rivolto alle attività del giudice, prima ancora che delle parti. Il comma 4° dell’ art. 183 c.p.c. rappresenta una significativa espressione di tale principio di lealtà. dato che l’ obbligo del giudice di richiedere alle parti i chiarimenti necessari, sulla base dei fatti allegati, costituisce un principio di civiltà dell’ordinamento processuale civile nella funzione della esplicitazione delle allegazioni e nell’ individuazione delle domande e delle eccezioni delle parti. In tale costruzione, come accennato, l’appena introdotto comma 2° dell’art. 101 c.p.c. si pone come strumento sanante rispetto all’omissione del giudice rispetto all’obbligo postogli nell’udienza di trattazione dell’art. 183, comma 4°, c.p.c. La fattispecie presa in considerazione dal novellato art. 101 c.p.c. è, infatti, temporalmente proiettata

---

<sup>273</sup> Si vedano: CAVALLONE, *In difesa della ‘veriphobia’, cit.*, 1 e ss.; TARUFFO, *Contro la ‘veriphobia’. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 995 ss.; ID., *La semplice verità cit.*; ID., *Poteri probatori delle parti, cit.*, 476; ID., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L’attività del giudice*, a cura di BESSONE, Torino 1997, 139;

verso il momento finale del processo, allorché il giudice rilevi la questione d'ufficio, dopo che le parti abbiano precisato le loro conclusioni e pure depositato le loro comparse conclusionali e memorie di replica. La "questione" innovativa che il giudice rilevi d'ufficio in sede di decisione della causa ai fini del comma 2° dell'art. 101 c.p.c., può essere una questione di fatto, quale un fatto storico semmai introdotto inconsapevolmente dalle parti o acquisito al giudizio indipendentemente dall'iniziativa delle parti delle stesse, o anche introdotto da alcuno dei contendenti ma senza darvi la significatività giuridica che vi ravvisi il giudice. Può altrimenti trattarsi di una questione di rito o di altra questione di diritto che comunque incida sulla rilevanza giuridica dei fatti prescelta dalle parti, pur senza valorizzare fatti diversi da quelli allegati e provati. L'art. 101, comma 2°, c.p.c. contempla un unico termine per memorie, ma in dottrina si consiglia di fissare un doppio termine, facendo salva la possibilità di note di replica, sia pur sempre nell'ambito dello spazio prescritto che deve essere non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni. Le "osservazioni" sulla questione, rimesse alle parti, potranno poi consistere nell'allegazione di fatti nuovi ma anche in nuove deduzioni istruttorie, purchè ricollegabili alla questione rilevata dal giudice.

Questo generale potere dovere di rilievo d'ufficio delle eccezioni facente capo al giudice, non può quindi mostrare la sua funzionalità unicamente al momento della decisione di merito, dato che apparentemente l'immagine che il moderno processo civile vuole rimuovere, è proprio quella del giudice che, preoccupato di mantenere equidistanza e neutralità, si finge disinteressato all'affare fino al momento della sentenza; in realtà l'imparzialità e la terzietà del giudice non postulano la rassegnazione ad un ruolo passivo, che tenga il magistrato lontano dall'indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio.

*6. La rilevazione di questioni officiose dopo la trattazione e il rispetto del contraddittorio.*

Come accenato nel paragrafo precedente, qualora il giudice si avveda di una questione dopo l'udienza di trattazione, ovviamente può, o meglio deve, stimolare il contraddittorio, in ogni fase, senza attendere il momento della decisione per poter applicare l' art. 101 comma 2° c.p.c., perciò il testo dell' art. 183 c.p.c. apparentemente non preclude al giudice di esercitare tale rilevazione officiosa nel prosieguo della causa.

Nel regime vigente è attualmente e espressamente disposta con l' introduzione dell' art. 101 comma 2°, la nullità delle pronunce di “terza via” (basate su questioni rilevate officiosamente in difetto di previa sottoposizione al contraddittorio delle parti), ove il giudice in fase decisoria, nel caso in cui intenda porre a fondamento della decisione una questione rilevata d' ufficio, non assegni un termine per favorire il contraddittorio delle parti su tale questione. Precedentemente alla riforma del 2009 che ha novellato l' art. 101 comma 2° c.p.c., e precedentemente alla riforma del 2005 che ha novellato l' art. 183 c.p.c., erano però emersi dei dibattiti in dottrina riguardo la modalità con cui il giudice potesse espletare l' attività di tardiva rilevazione officiosa su una non dibattuta questione, successivamente all' udienza di trattazione. In quel contesto, il punto determinante non consiste tanto nello stabilire se il giudice, individuata tardivamente la questione officiosa, debba sottoporla o meno al contraddittorio delle parti (poiché il dovere di collaborazione, finalizzato alla leale e corretta definizione del processo anche su di lui incombente, comunque gli fa carico di sollecitare le parti ad affrontare la questione, se non è stato possibile farlo prima<sup>274</sup>), ma consiste piuttosto nel prospettare quali conseguenze possa comportare detta suppletiva attività sollecitatoria; cioè se essa si risolva consentendo alle parti di svolgere

---

<sup>274</sup> GRASSO, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 728-729. Secondo MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 1997, 60-61, la garanzia di difesa di cui all'art. 24 Cost. impone al giudice di sottoporre alle parti, prima di poter decidere in base ad essa, anche la questione dell'applicabilità di norma da lui individuata sulla base del principio *iura novit curia* di cui all'art. 113 c.p.c., in quanto le possibili soluzioni di ogni questione “devono poter essere incluse tra quelle “ragioni” (art. 163, n. 4, c.p.c.) delle domande o delle difese delle parti che, proposte negli atti introduttivi, vengono svolte ed integrate nella successiva trattazione della causa”.

(soltanto) le loro difese sulla nuova questione fermo restando il processo nello *status quo* oppure se essa comporti di per sé il superamento delle preclusioni assertive ed istruttorie verificatesi.

In dottrina, pur considerando, il carattere dell'attività del giudice di indicazione delle questioni officiose, con ordinaria necessità di attribuzione di un termine alle parti per le integrazioni delle difese, si è ritenuto che, qualora il rilievo della questione si esaurisca nell'estrinsecazione di implicazioni giuridiche che muovono da fatti già allegati, le preclusioni già maturate non possano essere piegate alle esigenze sopravvenute in virtù dell'emersione della questione, "essendo onere della parte conoscere tutte le implicazioni giuridiche che scaturiscono dal fatto"<sup>275</sup>. Tale opzione era stata prospettata, anche da chi, operando il parallelo con l'elaborazione giurisprudenziale in tema di *nova* acquisibili nel giudizio di rinvio (ex art. 394 c.p.c., ultimo comma, c.p.c.), quando la Cassazione, dopo aver fissato un principio di diritto difforme da quelli sostenuti da tutte le parti della causa, perviene alla conclusione che, quando il giudice abbia tardato nel rilievo officioso poi formalizzandolo, sia da attenuarsi il principio di eventualità e sia da consentirsi ai contendenti di intervenire nuovamente sulla conformazione delle allegazioni fattuali nonché sulle istanze istruttorie in dipendenza della segnalazione del giudice della nuova questione<sup>276</sup>.

Quello che, però, è stato oggetto di critiche in questa interpretazione sono le modalità con cui, ossia attraverso l'applicazione di quale principio, una rilevazione intervenuta in ritardo possa generare un'attenuazione di decadenze già intervenute; ciò, sia che si ritenga necessario una rimessione in termini da parte del giudice, sia che si consideri il suppletivo potere assertivo ed istruttorio indipendentemente da un espresso provvedimento del giudice. La rimessione è consentita a favore della parte che dimostri essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile; dunque, al fine di pervenire alla conclusione prospettata dalla dottrina, deve sostenersi che il rilievo tardivo del giudice sia, *ex se*, causa di giustificazione della condotta della parte. In questa prospettiva è stato oggetto di

---

<sup>275</sup> CECHELLA, *Contraddittorio e preclusioni (note intorno alla novella sul processo civile)*, in *Giust. civ.*, 1991, II, 457-458.

<sup>276</sup> In tal senso ATTARDI, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.*, 1991, V, 393, e LUIO, in CONSOLO-LUIO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 147-148.



accesa discussione la possibilità di individuare il (pure necessario) nesso di causalità fra mancata attivazione dei poteri di rilevazione ufficiosi da parte del giudice e carenza di tempestive deduzioni sul punto ad opera della parte interessata<sup>277</sup>.

Per il superamento di tale ostacolo logico è stata proposta l'individuazione di un'ipotesi di rimessione in termini di entrambe le parti "che prescinde eccezionalmente da un concreto accertamento della loro diligenza, che prescinde cioè da una difficile indagine diretta a chiarire se era esigibile che le parti sollevassero tempestivamente la questione che è stata poi rilevata tardivamente dal giudice"<sup>278</sup>. Conseguentemente alla posizione appena esposta sarebbe necessario consentire, poi, la proponibilità in secondo grado delle eccezioni imposte dalla situazione di fatto e/o di diritto scaturenti dalla decisione di "terza via"; è stato al riguardo sostenuto che, nei casi in cui la decisione di primo grado percorra una "terza via" rispetto a quelle indicate dalle parti, non potrebbe non permettersi alle parti la deduzione delle nuove eccezioni dipendenti dalla situazione posta a base della sentenza<sup>279</sup>.

Inoltre, qualora si concluda per la sussistenza dell'*error in procedendo* consistente nella vera e propria negazione implicita della rimessione in termini<sup>280</sup>, o del riconoscimento *tout-court* del potere di controdedurre con allegazioni e deduzioni

---

<sup>277</sup> PAPPALARDO, *La prima udienza di trattazione* (Relazione tenuta nel corso dell'incontro di studio del C.S.M. in data 29-31 gennaio 1998 sul tema "*Il punto sul nuovo rito civile ordinario*"), p.19 del dattiloscritto, secondo cui non sembra ammissibile, soltanto perché vi è stata la rilevazione officiosa tardiva di una eccezione di merito in senso lato, fondata su un fatto tempestivamente allegato e provato, che la parte rimasta sino ad allora inerte possa godere di una quasi automatica rimessione in termini in ordine alle deduzioni istruttorie.

<sup>278</sup> CAPONI, *La causa non imputabile alla parte nella disciplina della rimessione in termini nel processo civile* (Relazione tenuta all'incontro di studio del C.S.M. in data 7-9 maggio 1998 sul tema "*Approfondimenti sull'attuazione del nuovo rito civile*"), p. 38-39 del dattiloscritto. Dubita invece della utilizzabilità dell'istituto della rimessione ancora CHIARLONI, *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 1999, 410, il quale conclude nel senso che nella situazione ordinamentale data "occorrerà inventare, stiracchiando la normativa oltre i suoi limiti di elasticità ovvero confidare in un intervento manipolatorio della Corte Costituzionale".

<sup>279</sup> SASSANI, in CONSOLO-LUISSO-SASSANI, *Commentario*, cit., 385-387, il quale sottolinea che, in casi del genere, "sostenere l'ineducibilità di nuove eccezioni significherebbe obbligare le parti a conformarsi in primo grado ad una rigida regola di eventualità che (giustamente edulcorata per le esigenze di quel grado di giudizio ...) sarebbe riportata alla sua primitiva crudezza dalle esigenze di appello. Con ciò si contraddirebbero insieme il principio di aderenza del contraddittorio alle nuove situazioni imposte dalle pronunce nel frattempo intervenute (principio scolpito dall'art. 394, comma 3) e, ciò che più conta, il buon senso".

<sup>280</sup> CIVININI, *I poteri del giudice*, cit., 8-9.

istruttorie, la decisione di primo grado sarà impugnabile per il relativo vizio. Ciò comunque non comporterà, con l'annullamento della sentenza, la rimessione della causa al primo giudice, stante la tassatività delle ipotesi risultanti dagli artt. 353 e 354 c.p.c., di conseguenza il giudice d'appello dovrebbe operare la rimessione in termini od attribuire comunque il potere di controdedurre prima di decidere la lite. Per quanto riguarda una pronuncia di appello fondata su un rilievo officioso, senza il previo contraddittorio delle parti, la conclusione dovrebbe essere nel senso della cassazione della decisione <sup>281</sup>.

Nel nuovo regime, con la riforma dell'art. 183 c.p.c. del 2006, la dottrina già precedentemente sostenitrice della facoltà di allegazioni delle parti a seguito di rilievi officiosi oltre l'udienza di trattazione, ha continuato ad escludere qualsiasi decadenza a loro carico, anche a seguito della memoria prevista dall'art. 183 comma 6° n. 2 c.p.c. e finanche in appello<sup>282</sup>.

Secondo però una più restrittiva interpretazione, recepita dalla più recente giurisprudenza di legittimità<sup>283 284</sup>, non sussisterebbe una facoltà illimitata delle parti all'introduzione nel processo di nuovi fatti corrispondenti al rilievo di questioni officiose; la parte sarebbe tenuta all'allegazione entro la memoria prevista dall'art. 183 comma 6° n. 1, con il contestuale onere (posticipato al massimo alla memoria del 183 comma 6° n. 2) di produrre i documenti all'uopo probanti<sup>285</sup>. Secondo Cavallini invece nessuna preclusione colpisce i fatti operanti *ipso iure* da parte del convenuto, anche se direttamente riferibili agli stessi fatti

---

<sup>281</sup> ORIANI, *L'eccezione*, cit., 24; CHIARLONI, *Le riforme*, cit., 183-184; quest'ultimo, con riguardo all'impugnazione di sentenza d'appello, formulando l'ipotesi di una decisione di secondo grado che abbia negato la giurisdizione ordinaria "a sorpresa", segnala come paradossale effetto della non (del tutto) condivisa tesi il fatto che la Cassazione debba, su pedissequo motivo, annullare la decisione stessa ma con rinvio, quindi senza decidere sull'altro eventuale motivo inerente alla sussistenza della giurisdizione, benché (anche) sull'argomento si sia sviluppato il contraddittorio negli atti introduttivi e nella discussione in udienza proprio innanzi al giudice regolatore della giurisdizione.

<sup>282</sup> BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. it.*, 2006, IV, 77.

<sup>283</sup> VELLANI, *Le preclusioni nella fase introduttiva del processo ordinario*, in *Riv. Trim. dir. proc.*, 2008, 153.

<sup>284</sup> Cass. Civ. 7 aprile 2000, n. 4392; Cass. Civ. 10 gennaio 2008, n. 332; Cass. Civ. 22 giugno 2007, n. 14581.

<sup>285</sup> CONSOLO, *La trattazione della causa : gli artt. 167, 180, 183 e 184 - e altre disposizioni sul processo di cognizione- così come novellati dalle l. 80 e 263 del 2005*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, 34 e 51.

costitutivi allegati dall'attore nella domanda giudiziale<sup>286</sup>. Tali fatti potranno essere introdotti contestualmente alle deduzioni istruttorie fino alla memoria dell'art. 183 comma 6° n. 2 c.p.c., dato che l'attore potrà ancora dedurre prove contrarie nei venti giorni successivi con l'ultima memoria dell'art. 183 comma 6° n. 3 c.p.c..

*7. Il contraddittorio delle parti rispetto alla rilevazione officiosa di una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito nella disciplina ex art. 187 comma 2° e 3° c.p.c..*

Il giudice ha la possibilità di rilevare officiosamente ex art. 187 comma 2° e 3° c.p.c., una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, rimettendo anticipatamente la causa in decisione, qualora ritenga che il giudizio debba essere chiuso per ragioni di rito, cioè per ragioni attinenti ad es. alla giurisdizione, o ad altre pregiudiziali (art. 187 comma 3° c.p.c.), oppure se sussista una questione di merito, la cui decisione possa definire il giudizio<sup>287</sup>. Pure in questi casi, anche qualora siano maturate le preclusioni delle parti, ai contendenti deve essere concesso il contraddittorio su tali questioni rilevate dal giudice officiosamente, (che peraltro hanno la peculiarità di essere oggetto autonomo di pronuncia giudiziale ex art. 279 comma 2° n. 2) c.p.c.), quindi il giudice dovrà sollecitare il contraddittorio dei contendenti su tali rilievi officiosi, prima della loro decisione, in base al dovere imposto dall'art. 183 comma 4° c.p.c..

Il giudice avrà il potere di decidere la questione pregiudiziale immediatamente, prima di istruire il merito della causa, oppure accantonarla e deciderla insieme al merito. La decisione immediata della questione nel processo è dettata da esigenze di economia processuale volte ad evitare il compimento di attività inutili, dato che se la questione è fondata, si renderebbe impossibile la decisione sul merito. Dal lato opposto decidere immediatamente la questione, nel caso risulti poi infondata, comporterebbe l'inconveniente che la decisione non sarà definitiva ed il processo dovrà tornare alla fase istruttoria, secondo la previsione dell'art. 279 comma 2° n. 4) c.p.c.; la scelta è lasciata al giudice che valuterà in base alla situazione concreta.

---

<sup>286</sup> CAVALLINI, *Il nuovo art. 183 e la riforma della trattazione della causa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 249.

<sup>287</sup> Si veda per maggiori dettagli il par. 4, cap. 1, parte 2, e quanto precisato a proposito del rito del lavoro nel par. 2, cap. 3, parte 2, della presente indagine.

A mio parere è il caso di evidenziare che se la questione è rilevata officiosamente, è altamente probabile che il giudice proceda immediatamente alla decisione, dato che è presumibile che ritenga la questione fondata, altrimenti non l'avrebbe rilevata.

Attualmente, la previsione dell'art. 101 comma 2° c.p.c., introdotto con la riforma del 2009 che prevede la nullità della decisione come sanzione nel caso in cui questa si fondi su un rilievo officioso non sottoposto al previo contraddittorio delle parti, rappresenterebbe a mio parere un rimedio a questa eventuale violazione del contraddittorio. Il dovere del giudice previsto dall'art. 183 comma 4° c.p.c., applicabile anche nel caso in cui il giudice rilevi officiosamente questioni pregiudiziali, che ritiene come impedimenti alla decisione sul merito ex art. 187 comma 2° e 3° c.p.c., è ulteriormente rinforzato dall'introduzione dell'art 101 comma 2° c.p.c., al punto tale che nel caso in cui il giudice fondi la propria decisione su una questione (la questione pregiudiziale in questo caso) rilevata d' ufficio, senza aver assegnato ai contendenti un termine compreso tra i venti e i quaranta giorni per replicare su tale questione, la decisione viene sanzionata con la nullità<sup>288</sup>.

***8. Il contraddittorio delle parti verso le prove ammesse d' ufficio ex art. 183 comma 8° c.p.c..***

In base all'art. 183 comma 8° c.p.c. il legislatore ha previsto un ulteriore caso di contraddittorio delle parti verso i rilievi officiosi del giudice, in questo caso relativamente alla necessità di concessione di un termine per la controdeduzione di mezzi di prova, nel caso in cui il giudice proceda ad un' iniziativa probatoria d' ufficio: “nel caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova con l'ordinanza di cui al settimo comma (l'ordinanza emanata fuori udienza con cui il giudice può provvedere sulle richieste istruttorie e assumere i mezzi di prova ammissibili e rilevanti), ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice con la medesima ordinanza, i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi nonché depositare memoria di replica nell'ulteriore termine

---

<sup>288</sup> La disciplina dell' art. 101 comma 2° c.p.c sarà dettagliatamente analizzata nella terza parte della presente indagine, nel cap. 2.

perentorio parimenti assegnato dal giudice, che si riserva di provvedere ai sensi del settimo comma". Questa disposizione, volta ad evitare che il giudice assuma un' iniziativa probatoria officiosa senza suscitare il contraddittorio con la concessione di un termine per la difesa, introdotta nell'art. 183 con la riforma del 2005, in realtà è trasmigrata sostanzialmente dal previgente art. 184 ultimo comma che così prevedeva: "nel caso in cui vengano disposti d' ufficio mezzi di prova, ciascuna parte può dedurre, entro il termine perentorio assegnato dal giudice, i mezzi di prova che si intendono necessari in relazione ai primi"<sup>289</sup>.

La differenza tra le due norme sta nel fatto che il termine di difesa pare sia riferito al solo caso di esercizio di poteri istruttori d' ufficio, in occasione dell'ordinanza con cui il giudice provvede sulle iniziative probatorie delle parti, ovvero l'ordinanza dell' art. 183 comma 7° c.p.c.<sup>290</sup>.

Però dall'art. 183, comma 8° c.p.c., non si evince con chiarezza se l'ordinanza ex art. 183, comma 7° c.p.c. costituisca il termine ultimo entro cui il giudice è tenuto ad esercitare i suoi poteri officiosi, o se gli stessi possano essere esercitati anche in una fase successiva del processo.

Non sembra individuarsi una preclusione espressa, ma soltanto una regolamentazione delle modalità di introduzione delle prove d' ufficio in una particolare fase dell'*iter* processuale; inoltre il fatto che il comma 8° sia strutturato come periodo ipotetico ("nel caso in cui vengano"), sembra come regolare l'eventualità in cui il giudice ritenga di fare uso dei suoi poteri istruttori d'ufficio, già nella fase preparatoria del processo, nulla prescrivendo in merito ai tempi di esercizio di tali poteri.

Probabilmente può intendersi, certamente non come una decadenza, ma come una sorta di invito rivolto al giudice, affinché possa esercitare l'iniziativa probatoria con l'ordinanza ammissiva delle prove di parte per una razionalizzazione della tempistica processuale<sup>291</sup>.

Perciò nonostante la novellata dizione della disposizione normativa, il potere officioso del giudice, ove consentito, può esser esercitato anche in una fase successiva del processo, al di fuori dell'udienza dell' art. 183 comma 7°; non si può

---

<sup>289</sup> CECHELLA, in CECHELLA, AMADEI, BUONCRISTIANI, *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, Milano, 2006, 20-21.

<sup>290</sup> ID, *Il nuovo processo*, loc.cit..

<sup>291</sup> ID, *Il nuovo processo*, 21.

certo ritenere che sia venuta meno la libertà temporale per il giudice di provvedere officiosamente alla disposizione dei mezzi di prova per tutto il corso del processo e alla possibilità delle parti, in tale evenienza, di aver la facoltà di formulare mezzi in controprova entro un termine determinato<sup>292 293</sup>.

Si deve evidenziare in questo caso la mancanza di una previsione simile a quella contenuta nell'art. 38, comma 3° c.p.c. ove viene previsto che l'incompetenza per valore, per materia e per territorio inderogabile debbano essere rilevate di ufficio entro un termine prestabilito, perciò i poteri del giudice di disporre l'assunzione dei mezzi di prova d'ufficio non sono soggetti a limitazione, e sono quindi esercitabili anche dopo che le parti siano decadute dalla facoltà di dedurre richieste istruttorie<sup>294</sup>.

Nonostante la mancata riproduzione<sup>295</sup> della disposizione contenuta nell'art. 421 comma 2° c.p.c. secondo cui il potere del giudice può essere esercitato "in qualsiasi momento", le preclusioni istruttorie non riguardano le prove disposte ex officio, che sfuggono a qualunque limitazione temporale, dovendosi al riguardo osservare le singole norme che prevedono poteri officiosi come l'interrogatorio libero può essere disposto in "qualunque stato del processo" ex art. 117 c.p.c.. o al giuramento suppletorio o estimatorio, o all'audizione di testi di riferimento ritenuti superflui o già sentiti ex art 257 c.p.c..

In secondo luogo la formulazione dell'art. 183 comma 8° c.p.c. presuppone verosimilmente che il potere delle parti sia già consumato; in caso contrario, l'assegnazione di uno specifico termine per controdedurre sarebbe totalmente superfluo.

---

<sup>292</sup> ID, *Il nuovo processo*, loc. cit.

<sup>293</sup> Il termine perentorio del giudice, per concedere alle parti la controdeduzione di mezzi di prova in relazione a quelli officiosi, non è rigidamente predeterminato dalla norma.

<sup>294</sup> BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. It.*, 1996, IV, 283, nota n. 59.

<sup>295</sup> Il fatto per cui il legislatore non ha riprodotto la norma del rito del lavoro (art. 421 comma 2° c.p.c.), probabilmente è determinato dal più ampio potere del giudice del lavoro di poter disporre officiosamente qualunque prova anche fuori dai limiti stabiliti dal codice civile, facoltà che non è concessa al giudice del rito ordinario, dato che i mezzi di prova che può ammettere d'ufficio sono soltanto quelli che risultano *aliunde*. Essi sono, in particolare: la consulenza tecnica d'ufficio, per quanto si ritenga comunemente che non si tratta di un mezzo di prova (artt. 61 e 191 c.p.c.); l'interrogatorio libero delle parti (art. 117 c.p.c.); l'ispezione di persone o cose (artt. 118 e 258 c.p.c.); la richiesta di informazioni alla p.a. (art. 213 c.p.c.), il giuramento suppletorio o estimatorio (artt. 240 e 241 c.p.c.); il confronto fra testimoni (art. 254 c.p.c.); l'assunzione di testi di riferimento, indicati da altri testi (art. 257 c.p.c.) o dalle parti (art. 281-ter); l'audizione di testi ritenuti superflui o la nuova audizione di testi già escussi (art. 257 c.p.c.); il giuramento nelle cause di rendimento di conti (art. 265 c.p.c.).

Non c'è dubbio, dunque, che il potere del giudice di assumere prove d'ufficio sia esercitabile anche dopo che le parti siano decadute dalla facoltà di dedurre richieste istruttorie.

Il giudice dovrà pertanto assegnare alle parti un termine perentorio, affinché possano dedurre i mezzi di prova che si rendano necessari in relazione alle prove disposte d'ufficio; le nuove prove richieste dalle parti saranno ammissibili solo nella misura in cui esse risultino effettivamente connesse all'iniziativa probatoria officiosa, pertanto, la parte a cui danno può andare la prova officiosa potrà formulare sia la prova contraria diretta (vertente sugli stessi fatti oggetto della prova d'ufficio), che la prova contraria indiretta (relativa a fatti diversi dai quali possa dedursi, in via congetturale, l'insussistenza o la diversa configurazione dei fatti oggetto della prova d'ufficio)<sup>296</sup>. Si deve escludere, comunque, che attraverso tale eccezionale riapertura dei termini possano introdursi nel processo fatti non già ricompresi nel *thema decidendum* (ad es., non sarà possibile attraverso una prova contraria indiretta dimostrare fatti integranti un'eccezione in senso stretto non tempestivamente formulata). Una parte della dottrina sostiene che la possibilità della parte che può essere danneggiata dalla prova officiosa, di poter articolare le prove contrarie anche se per essa sono già maturate le preclusioni istruttorie, abbia lo scopo di tutelare espressamente il diritto di difesa<sup>297</sup>, sulla scia della dottrina che ha evidenziato i rischi connessi alla eventuale coesistenza non tanto di poteri delle parti e di poteri del giudice quanto "di poteri del giudice non limitati e poteri delle parti fortemente circoscritti da un sistema di preclusioni rigide"<sup>298</sup>

Nell'esercizio dei poteri di direzione del processo di cui all'art. 175 c.p.c. il giudice può quindi discrezionalmente stabilire il momento in cui ammettere i mezzi di prova di ufficio. Poiché l'esercizio di tali poteri presuppone comunque la compiuta definizione del *thema probandum* e del *thema decidendum*, è comunque logico ritenere che il giudice faccia uso di tali poteri dopo le deduzioni istruttorie delle parti e, salvo casi particolari, anche dopo l'assunzione dei mezzi di prova dovendosi in proposito sottolineare che il giuramento suppletorio, il confronto fra

---

<sup>296</sup> Cass. 4 febbraio 1994, n. 1163.

<sup>297</sup> VIAZZI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo civile*, in *Questione Giustizia*, 1996, 110.

<sup>298</sup> FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 734.

testi e l'assunzione dei testi *de relato* presuppongono che le prove siano state non solo richieste ma anche assunte.

La fonte del mezzo di prova disposto di ufficio deve risultare dal materiale di causa non potendo il giudice andare alla sua ricerca in violazione del divieto di scienza privata; in altri termini il giudice non ha poteri di allegazione d'ufficio.

La fonte di conoscenza del mezzo di prova, inoltre, non può consistere in una indicazione tardiva della parte e, cioè, in una indicazione formulata quando il *thema decidendum* e, conseguentemente, il *thema probandum*, siano già stati definiti, poichè l'esercizio del potere officioso non può essere inteso come uno strumento di bilanciamento degli effetti negativi delle preclusioni sui poteri delle parti, e ciò anche in considerazione del fatto che i poteri istruttori del giudice di appello nel rito del lavoro non possono essere esercitati per porre rimedio alle decadenze già maturate in danno delle parti.

Va però precisato che non è tardiva l'indicazione della fonte di prova "nuova", cioè quella formulata dopo la scadenza delle barriere preclusive, ma che trae spunto dalle risultanze della attività istruttoria già espletata.

Se si deve escludere che il potere di iniziativa probatoria del giudice sia un rimedio contro gli effetti delle preclusioni, deve a maggior ragione escludersi che il potere del giudice possa costituire lo strumento di sostegno per la parte "debole", volto ad impedire che l'accertamento dei fatti possa essere stravolto a danno della parte stessa proprio a causa della sua debolezza: in un processo impostato sul principio, scrupolosamente garantito del contraddittorio paritario non esiste infatti una parte processuale "debole" rispetto all'altra<sup>299</sup>.

Altre questioni di carattere prettamente concettuale riguardano la natura libera o necessitata del potere istruttorio officioso e i limiti entro i quali tale potere deve essere esercitato. Quanto al primo quesito, deve escludersi che il giudice abbia l'obbligo di assumere prove officiose e che la parte interessata alla assunzione possa quindi censurare il mancato esercizio di tale potere<sup>300</sup>. Il giudice deve ovviamente effettuare la valutazione della rilevanza della prova al momento

---

<sup>299</sup> FABBRINI, *Potere del giudice*, loc.cit.

<sup>300</sup> Sul mancato esercizio da parte del giudice del potere (discrezionale) di assumere testi di riferimento, Cass. 26 giugno 1997, n. 5706, in *Giust. civ.*, 1998, I, 843; sulla insindacabilità dell'esercizio del potere-dovere del giudice ex art. 421 c.p.c., Cass. 3 luglio 1992, in *Foro it.*, 1994, I, 1177.



dell'esercizio dei poteri officiosi, una valutazione comunque improntata a criteri di discrezionalità, (basandosi sui presupposti di idoneità della prova e non superfluità, ossia l'esistenza di una lacuna istruttoria e la possibilità di superarla). Se il giudice avesse il dovere di esercitare il potere istruttorio officioso, la parte potrebbe censurare il mancato esercizio del potere; cioè la parte, anche dopo essere decaduta dal proprio potere istruttorio, potrebbe ugualmente pretendere ed ottenere l'ammissione delle prove che emergano dagli atti<sup>301</sup>. L'unico significato della preclusione consisterebbe, riduttivamente, dunque nel fatto che, successivamente ad essa, la parte non potrebbe più indicare ulteriori mezzi di prova.

Quanto ai limiti entro cui il potere istruttorio deve essere esercitato, una autorevole dottrina ha stabilito che "il potere di ufficio del giudice, nel ragionevole coordinamento con i poteri delle parti può tendere solo ad evitare, per quanto possibile, l'applicazione dell'art. 2697 c.c."<sup>302</sup>. Il potere del giudice va quindi esercitato proprio (ed esclusivamente) per evitare l'applicazione di tale regola, per cui, *a contrariis*, deve affermarsi che i poteri d'ufficio non sono esercitabili se le prove raccolte consentano la ricostruzione del fatto rilevante.

A riguardo è stato rilevato che la situazione che consente l'intervento d'ufficio del giudice, è quella della *semiplena probatio* che sta alla base proprio del potere di deferire di ufficio il giuramento suppletorio che rappresenta un chiaro temperamento alle rigide conseguenze derivanti dall'applicazione dell'onere della prova<sup>303</sup>.

Secondo un diverso orientamento se, in presenza di una lacuna istruttoria, vi sia ancora la possibilità di acquisire la conoscenza dei *facta probanda*<sup>304</sup> e di

---

<sup>301</sup> Nel senso che il mancato esercizio di un potere discrezionale (nella specie quello di disporre l'escussione di testi di riferimento) non integra né una violazione della norma che prevede il potere, né un difetto di motivazione della sentenza, ma ciò solo fino a quando la parte non solleciti l'esercizio del potere stesso, Cass. 26 giugno 1997 n. 5706, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 843.

<sup>302</sup> FABBRINI, *Potere del giudice*, cit. 736.

<sup>303</sup> VIAZZI, *Poteri del giudice*, cit., 109.

<sup>304</sup> LOMBARDO, *La prova giudiziale. La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 404; Cass., 2 marzo 2006, n. 4611, ove si legge che "Il provvedimento con il quale il giudice in ossequio a quanto disposto dall'art. 134 c.p.c. e al disposto di cui all'art. 111, comma 1, cost. sul "giusto processo regolato dalla legge" - esplicita le ragioni per le quali reputa di far ricorso all'uso dei poteri istruttori ovvero, come nella specie, ritenga di non farvi ricorso, può essere sottoposto al sindacato di legittimità per vizio di motivazione qualora non sia sorretto da congrua e logica spiegazione nel non aver fatto espletare mezzi istruttori relativi al punto della controversia che, se esaurientemente istruito, avrebbe

conseguenza l'incertezza potrebbe essere superata, perché esistono fonti di prova che consentono di disporre la prova d'ufficio, in tal caso il giudice non potrebbe rimanere inerte ma sarebbe tenuto ad esercitare il proprio potere officioso. Pertanto, in base a questo orientamento si può ritenere che il giudice ha il dovere di disporre la prova d'ufficio tutte le volte in cui risultano sussistenti i presupposti di esercizio del suo potere<sup>305</sup>.

Deve infine osservarsi che in forza dell'art. 359 c.p.c. la norma in esame deve trovare applicazione anche nel caso in cui il potere officioso sia stato esercitato dal giudice d'appello.

Una ulteriore differenza, tra l'art 183 comma 8° c.p.c. e il previgente art 184 ultimo comma, è che sono espressamente concesse memorie di replica da depositare entro il termine perentorio assegnato dal giudice, in modo tale che le parti possano replicare a loro volta tra di loro, dopo aver replicato nei confronti del giudice, con i mezzi di prova necessari in relazione ai rilievi istruttori officiosi.

*9. Segue. "Alcune questioni" connesse alla pratica applicazione dell'art 183 comma 8° c.p.c..*

Le questioni relative alla applicazione pratica della norma in esame sono molteplici; innanzitutto un primo quesito da porsi è quello di capire se il termine, menzionato dall'art. 183 comma 8° c.p.c., deve essere assegnato in caso di ammissione di tutte le prove costituenti. E' sicuramente da escludersi l'applicazione di tale disciplina nelle ipotesi in cui il giudice abbia ammesso il giuramento suppletorio o estimatorio nel rilievo officioso, visto che la norma in esame consente alle parti di esercitare il diritto di difesa solo nei confronti dei mezzi di prova officiosi che siano suscettibili di prova contraria<sup>306</sup>.

Inoltre, l'assegnazione del termine non ha ragione di essere assegnato neppure in relazione all'assunzione dei testi *de relato* o non escussi perché sovrabbondanti e

---

potuto condurre ad una diversa decisione".

<sup>305</sup> In giurisprudenza, nel senso che, quando le risultanze della causa offrono significativi dati di indagine, il giudice non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola di giudizio dell'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio si veda Cass., 2 agosto 1996, n. 6995; Cass., 20 aprile 1995, n. 4432; Cass., 17 novembre 1994, n. 9724.

<sup>306</sup> BRIGUGLIO, *Il nuovo rito ordinario di cognizione: meno udienze, più preclusioni (dalla l. n. 80/2005, alla l. n. 263/2005)*, in *www.judicium.it*, par. 4,2.

rinunciati secondo la disciplina dell'art. 257 c.p.c., infatti, sia la testimonianza di riferimento, sia l'audizione dei testi non previamente escussi, non possono estendersi a fatti diversi da quelli capitolti ex art. 244 c.p.c., per cui il contraddittorio è stato già ampiamente garantito e non si pone l'esigenza di assicurare alle parti la possibilità di fornire sul medesimo fatto una prova contraria a quella acquisita *ex officio*<sup>307</sup>.

Problemi sorgono in relazione all'interrogatorio libero ex art. 117 c.p.c. trattandosi esso non di un mezzo di prova in senso tecnico ma di uno strumento diretto in via primaria all'acquisizione di chiarimenti sui fatti di causa, tale da fornire al giudice non prove ma meri argomenti di prova.

Dal momento che l'esito di tale interrogatorio contribuisce a formare il "materiale probatorio" utilizzabile per la decisione e considerato, in particolare, che l'ammissione in tale sede di un fatto sfavorevole ad opera della parte interrogata può comunque essere superata da una diversa risultanza istruttoria, è assai verosimile che il giudice, ove richiesto, debba comunque concedere il termine per le deduzioni delle parti.

Altri problemi sorgono in relazione alla C.T.U. essendo essa non un mezzo di prova dei fatti posti a fondamento della pretesa azionata in giudizio, bensì un mezzo per procedere alla valutazione dei fatti già provati dal soggetto processuale che aveva l'onere di dimostrarli.

L'indagine peritale può peraltro essere rivolta anche all'accertamento ed alla ricostruzione di accadimenti storici che, pur sulla base di dati obiettivi, possono essere posti in evidenza solo attraverso una particolare cognizione tecnica.

Ai sensi dell'art. 194 comma 1° c.p.c., il C.T.U., ove autorizzato dal giudice, può inoltre chiedere chiarimenti alle parti ed assumere informazioni da terzi come può pacificamente provvedere alla acquisizione di documenti rinvenibili in pubblici uffici; può quindi sorgere il concreto interesse per le parti di dimostrare con

---

<sup>307</sup> Potrebbe però costituire un'eccezione il fatto che l'avversario non abbia avuto la possibilità di dedurre la prova indiretta e contraria in precedenza. Ad esempio, se l'attore abbia articolato una prova per testi in atto di citazione con separati e distinti capitoli, indicando testi diversi per ciascuno di essi, ed in esito all'udienza di trattazione dichiarò subito di rinunciare ad alcuni capi di prova (con l'accettazione della rinuncia di controparte ed il consenso del giudice.), non sembrerebbero sussistere ragioni per inibire al convenuto che sia stato posto nella condizione di non dover richiedere la prova contraria, di ottenere l'assegnazione del termine per la controprova, qualora il giudice ritenga di ammettere i capi di prova rinunciati con i testi a suo tempo indicati.

diversi mezzi di prova (costituendi e documentali) l'esistenza di fatti diversi da quelli accertati dal C.T.U. o, quantomeno, di ricevere chiarimenti dal C.T.U. sull'esito delle operazioni peritali.

Per tali ragioni appare verosimilmente opportuno che il giudice, dopo l'espletamento della C.T.U., debba assegnare alle parti il termine affinché possano esercitare il diritto probatorio di difesa.

**10.** *Il termine ex art. 183 comma 8° c.p.c. determinato con riferimento ad un "dies a quo mobile".*

Un ulteriore quesito su cui ha posto attenzione la dottrina è quello circa i tempi delle deduzioni probatorie delle parti in replica all'iniziativa istruttoria officiosa; cioè se debbano essere formulate subito, quando quest'ultima venga adottata, o possano essere differite all'esito dell'assunzione della prova. Per molti dei mezzi istruttori che il giudice può ammettere d'ufficio, non di rado la necessità di ulteriori prove in risposta è destinata ad emergere non già puramente e semplicemente sulla base dell'ammissione dei primi, bensì alla luce del risultato del loro espletamento, dall'esito piuttosto che dall'ammissione della prova officiosa, per cui alcuni autori hanno suggerito di intendere la previsione nel senso che il termine possa essere determinato "con riferimento ad un *dies a quo mobile*" (ad esempio, nel caso della richiesta di informazioni alla p.a., in *x* giorni dalla risposta) in modo che lo stesso venga a scadere dopo l'espletamento della prova disposta *ex officio* <sup>308</sup> Da tale proposta potrebbe scaturire, come ulteriore variante, la possibilità di rinviare *tout court* la fissazione del termine a dopo l'assunzione della prova.

**11.** *Il libero interrogatorio delle parti disposto dal giudice ex art. 183 comma 9° c.p.c.*

Ai sensi dell' art. 183 comma 9° c.p.c. "con l' ordinanza che ammette le prove il giudice può in ogni caso disporre, qualora lo ritenga utile, il libero interrogatorio

---

<sup>308</sup> LUIISO, in CONSOLO-LUIISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 110; SASSANI, in CONSOLO-LUIISO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 168.

delle parti; all'interrogatorio disposto dal giudice istruttore si applicano le disposizioni di cui al terzo comma". Questa norma introdotta con la riforma del 2005 era precedentemente contenuta nel previgente art. 183 comma 1° c.p.c. che prevedeva che: "Nella prima udienza di trattazione il giudice istruttore interroga liberamente le parti presenti e, quando la natura della causa lo consente, tenta la conciliazione. La mancata comparizione delle parti senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116". Dunque la modifica più evidente prodotta con la riforma del 2005 è che l'interrogatorio libero delle parti cessa di essere un adempimento obbligatorio della prima udienza di trattazione<sup>309</sup>. L'introduzione ad opera del legislatore di un generale obbligo di sottoporre le parti al libero interrogatorio nell'udienza di trattazione aveva nel tempo suscitato forti perplessità. Si era infatti sostenuto che nel processo ordinario, a differenza del processo del lavoro, le cause molto raramente presentano una tipologia ricorrente e la loro estrema varietà può in numerosissimi casi rendere del tutto inutile l'interrogatorio<sup>310</sup>, che è privo di ogni significato, ad esempio, nelle cause di puro diritto in cui le parti personalmente non possono fornire alcun contributo<sup>311</sup>.

L'interrogatorio libero o non formale delle parti è disciplinato dall'art. 117 c.p.c., senza tuttavia fornire elementi idonei ad individuare la natura dell'istituto. Può, pertanto, essere utile a tal fine far riferimento alla Relazione ministeriale al codice di procedura civile che lo considera uno strumento del magistrato per la "ricerca ufficiale della verità"<sup>312</sup>.

La dottrina e la giurisprudenza gli hanno attribuito la funzione di chiarificazione delle allegazioni e delle difese di parte<sup>313</sup>, ovvero lo hanno ritenuto strumento per

---

<sup>309</sup> CAPPONI, Passato e presente dell'art. 183 c.p.c. (in punta di penna sulla legge 80/2005), in [www. Judicium.it](http://www.Judicium.it), par- 4.

<sup>310</sup> CAPPONI, in VACCARELLA, CAPPONI, CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 88. Per TAVORMINA l'interrogatorio non formale delle parti nel processo ordinario non ha "altro senso se non quello di appesantirne lo svolgimento e vessare maggiormente la parte che – a causa della debolezza contrattuale – ha dovuto accettare un foro remoto".

<sup>311</sup> CHIARLONI, *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 171.

<sup>312</sup> Ministero di Grazia e Giustizia, Codice di procedura civile, Roma, 1940, §§ 17 e 29.

<sup>313</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, I, 79, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1981, II, 149; VACCARELLA, *Interrogatorio delle parti*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 353; in *giurisprudenza Cass.* 14 gennaio 1980, n. 298, in *Giust. civ. Mass.*, 1980; Cass. 28 marzo 1977, n. 1201, in *Giust. civ. Mass.*, 1977

l'esame della parte, diretto quindi a chiarirne il comportamento ai fini della valutazione che il giudice può compiere ai sensi dell'art. 116, comma 2° c.p.c.<sup>314</sup>; alcuni inoltre ritengono che sia prevalente

la funzione probatoria, diretta a fornire al giudice argomenti di prova<sup>315</sup>.

Il giudice può disporre d'ufficio l'interrogatorio libero e non è vincolato dall'istanza che le parti possono comunque proporre, la sua facoltà è discrezionale, ex art. 117, sia in relazione al se disporlo, che in relazione al quando effettuarlo, ben potendo peraltro verificarsi che le parti siano interrogate più di una volta. Pertanto l'esercizio della detta facoltà da parte del giudice ovvero il suo mancato esercizio non sono censurabili in sede di legittimità<sup>316</sup>.

L'interrogatorio libero non deve essere previamente formulato in articoli separati e specifici e può essere disposto in ogni stato e grado del processo, anche, quindi, nel giudizio di rinvio<sup>317</sup> mentre deve escludersi che possa aver luogo nel giudizio di cassazione.

È espressamente previsto che le parti siano sentite in contraddittorio tra loro, pertanto non può disporsi l'interrogatorio di una sola delle parti stesse, però nel caso in cui risulti presente un solo contendente, si procederà all'interrogatorio di quella parte soltanto.

Il secondo comma dell'art. 116 c.p.c. prevede che il giudice possa trarre argomenti di prova dalle risposte delle parti all'interrogatorio di cui all'art. 117 c.p.c.; è oggetto di discussione se alle risposte date in sede di interrogatorio non formale debba riconoscersi un valore probatorio soltanto sussidiario e integrativo della valutazione di altre prove<sup>318</sup>, ovvero se a tali risposte debba riconoscersi la natura di fonti di presunzioni semplici ovvero se le stesse possano fondare da sole il

---

<sup>314</sup> VACCARELLA, *Interrogatorio delle parti*, cit., 397.

<sup>315</sup> MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2006, II, 101.

<sup>316</sup> Cass. 4 giugno 1988, n. 3797, in *Arch. civ.*, 1988, 1304; Cass. 19 marzo 1984, n. 1860, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3366; Cass. 6 febbraio 1982, n. 684.

<sup>317</sup> Cass. 22 maggio 1979, n. 2963, in *Giust. civ. Mass.*, 1979.

<sup>318</sup> TARUFFO, *Interrogatorio*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1993, 69; VACCARELLA, *Interrogatorio delle parti*, cit., 394; Cass. 13 febbraio 1987, n. 1574, in *Giust. civ. Mass.*, 1987; Cass. 14 novembre 1984, n. 5762, in *Giust. civ. Mass.*, 1984; Cass. 16 marzo 1981, n. 1443, in *Giust. civ. Mass.*, 1981.

convincimento del giudice<sup>319</sup>, soprattutto se si tratta di circostanze che possono essere conosciute solo dalle parti<sup>320</sup>.

L'interrogatorio libero delle parti all'udienza di trattazione svolge varie funzioni. Anzitutto serve a chiarire i fatti allegati dalle parti a fondamento delle domande e delle eccezioni e conseguentemente facilita al giudice l'inquadramento giuridico della fattispecie.

Svolge poi una funzione di contestazione-allegazione, consentendo l'introduzione nel processo di fatti non allegati negli atti introduttivi; stimolando la presa di posizione di ciascuna parte in relazione ai fatti affermati dall'altra, facendo emergere i fatti ammessi e quelli non contestati.

Il valore probatorio delle risultanze dell'interrogatorio è quello proprio degli argomenti di prova, (il giudice può trarre argomenti di prova anche dalle risposte rese dalle parti e comunque dal complessivo comportamento tenuto dalle stesse durante l'interrogatorio.) ex art. 116 c.p.c., e la cui caratteristica consiste per taluni nella inidoneità degli stessi a fondare da soli la decisione e per altri<sup>321</sup> nella loro inidoneità a giustificare da soli il giudizio di superfluità di cui all'art. 209 c.p.c. a fronte della richiesta delle parti di offrire, attraverso una prova in senso tecnico, la prova contraria.

L'interrogatorio libero nella prima udienza di trattazione non tende comunque alla confessione, come può desumersi dall'art. 229 c.p.c., che esclude espressamente che in sede di interrogatorio libero (il richiamo testuale è all'art. 117 ma è evidente che lo stesso va esteso anche all'art. 183), possa verificarsi una confessione.

Alcuni autori<sup>322</sup> e la giurisprudenza<sup>323</sup> non escludono che in sede di interrogatorio libero possa aversi una confessione giudiziale purché la dichiarazione confessoria sia spontanea, non provocata da domande del giudice, ed il verbale rechi la

---

<sup>319</sup> CAPPELLETTI, *op. cit.*, 92; Cass. 10 gennaio 1990, n. 23, in *Notiziario giur. lav.*, 1990, 398; Cass. 9 marzo 1981, n. 1327, in *Giust. civ. Mass.*, 1981.

<sup>320</sup> Cass. 16 aprile 1975, n. 1435, in *Mass. Foro it.*, 1975; Cass. 13 maggio 1968, n. 1481, in *Mass. Foro it.*, 1968.

<sup>321</sup> PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 134.

<sup>322</sup> SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1992, 336; LIEBMAN, RICCI, *Manuale di diritto processuale civile in Principi*, Milano, 1992, 388.

<sup>323</sup> Cass. 10 aprile 1990, n. 3035, in *Giust. civ. Mass.*, 1990; Cass. 7 gennaio 1983, n. 122, in *Giust. civ. Mass.*, 1983; *contra* Cass. 27 febbraio 1990, n. 1519, in *Notiziario giur. lav.*, 1990, 454; Cass. 28 novembre 1987, n. 8879, in *Giust. civ. Mass.*, 1987.

sottoscrizione personale della parte, necessaria ai fini della prova della consapevolezza e della volontà della dichiarazione. Inoltre l'interrogatorio libero nella prima udienza di trattazione ha l'ulteriore funzione di favorire il tentativo di conciliazione che, se la natura della causa lo consente (pertanto lo stesso non è obbligatorio), va operato dal giudice e può comunque essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione ai sensi dell'art. 185 c.p.c..

## *12. I mezzi di prova ammissibili d'ufficio.*

Ai sensi dell'art. 115 c.p.c. “...il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero...”; da ciò si desume che in linea generale sono le parti e il pubblico ministero a produrre i mezzi di prova necessari a dimostrazione dei fatti allegati, per la definizione della controversia, però nell'art. 115 c.p.c. è presente pure l'espressione “salvi i casi previsti dalla legge [...]”, quindi eccezionalmente, in casi previsti dalla legge, può essere anche il giudice a disporre officiosamente l'assunzione di mezzi istruttori come ad esempio nel processo ordinario di cognizione, nel caso espressamente previsto dall'art. 183 comma 8° c.p.c.<sup>324 325</sup>. Inoltre come previsto dall'art. 115 c.p.c., il giudice può porre a fondamento della propria decisione i fatti non contestati dalle parti e le nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza.

Tradizionalmente l'attività istruttoria officiosa si esplica riguardo: l'ispezione di persone o cose ex artt. 118 e 258 e ss. c.p.c.; l'esibizione di documenti particolari ex art. 2711 comma 2° c.c. e art. 212 c.p.c.; la richiesta di informazioni scritte alla pubblica amministrazione ex art. 213 c.p.c.; il deferimento del giuramento suppletorio o estimatorio ex artt. 240-241 c.p.c.; la prova testimoniale ex art. 244 e ss. c.p.c. per espressa disposizione ex art. 281 ter c.p.c.; la chiamata a deporre per un confronto di testimoni ex art. 254 c.p.c. e dei testi “de relato” o non escussi perché sovrabbondanti e rinunciati ex art. 257 c.p.c.; La consulenza tecnica d' ufficio (C.T.U.) ex artt. 61 e ss. e 191 e ss. c.p.c..

Il giudice può inoltre ordinare in qualunque stato e grado del processo la comparizione personale delle parti per interrogarle liberamente (ex art. 117

---

<sup>324</sup> Come esaminato nei paragrafi precedenti.

<sup>325</sup> GRASSELLI, *L'istruzione probatoria nel processo civile riformato*, Padova, 2000, 62-63.



c.p.c. ) sui fatti della causa<sup>326</sup>, ma nel caso dell'interrogatorio libero delle parti il giudice può trarre argomenti di prova dalle risposte delle parti come previsto ex art. 116 c.p.c. o quantomeno attribuire ad esse un valore probatorio soltanto sussidiario e integrativo della valutazione di altre prove<sup>327</sup>

Inoltre il giudice può ordinare la presentazione di un conto ex art. 263 c.p.c.; l'istituto del rendimento dei conti ha la struttura di un autentico procedimento, idoneo a condurre non solo alla prova, ma anche all'accertamento circa la situazione del conto.

L'ispezione ex artt. 258 e ss. c.p.c. è il mezzo di prova maggiormente rappresentativo del potere inquisitorio del giudice; può avere ad oggetto persone o cose ed è tipicamente una prova diretta poiché il giudice entra attraverso essa in contatto immediato con il fatto rilevante in causa; l'ispezione di luoghi, cose mobili o immobili o persone è disposta dal giudice il quale fissa il tempo, il luogo e il modo dell'ispezione ex art. 258 c.p.c..

La disciplina del contenuto dell'ordine di ispezione è contenuta nell'art. 118 c.p.c. e la condizione essenziale è che l'esecuzione possa effettuarsi senza grave danno per la parte o per il terzo, e senza costringerli a violare il segreto professionale o d'ufficio, dunque l'ispezione è subordinata al requisito dell'indispensabilità, nel senso che rappresenti l'unico strumento possibile per la conoscenza di determinate circostanze di fatto; normalmente tali limiti non si applicano per l'ispezione di cose se non in casi marginali<sup>328</sup>.

L'ordine di ispezione è in linea di principio incoercibile, in caso di non ottemperanza sono previste sanzioni come previsto dall'art. 118 comma 2° c.p.c., in tal caso il giudice può desumere argomenti di prova dal rifiuto all'ispezione o condannare ad una pena pecuniaria se chi rifiuta l'ispezione è un terzo. Al giudice è concesso il potere di disporre anche coattivamente l'accesso in luoghi appartenenti a persone anche estranee al processo ex art. 262 comma 2° c.p.c..

L'ordine di esibizione è una facoltà discrezionale rimessa al prudente apprezzamento del giudice e rappresenta uno strumento, operante all'interno del

---

<sup>326</sup> Come esaminato nel paragrafo precedente.

<sup>327</sup> Vedasi il paragrafo precedente, TARUFFO, *Interrogatorio, cit.*, 69; VACCARELLA, *Interrogatorio delle parti, cit.*, 394; Cass. 13 febbraio 1987, n. 1574, in *Giust. civ. Mass.*, 1987; Cass. 14 novembre 1984, n. 5762, in *Giust. civ. Mass.*, 1984; Cass. 16 marzo 1981, n. 1443, in *Giust. civ. Mass.*, 1981.

<sup>328</sup> Es. l'ispezione di un macchinario che possa rivelare un segreto industriale.

processo, finalizzato all'acquisizione di un documento e salvo eccezioni presuppone la necessità dell'istanza di parte, senza la quale l'ordine non può essere dato. Il caso rappresentato dall'art. 2711 c.c. consente, in deroga alla necessità dell'istanza di parte, l'ammissibilità officiosa di questo strumento istruttorio, stabilendo che "il giudice può ordinare anche d'ufficio che si esibiscano libri per estrarne le registrazioni concernenti la controversia in corso". Se l'oggetto della esibizione, da quanto previsto dagli art. 2711 c.c., sono la corrispondenza, i libri di commercio, le singole scritture e partite contabili, la dottrina ha chiarito che nel caso dell'art. 2711 comma 1° c.c., si riferisce all'esibizione integrale di tutto un complesso di documenti particolari, mentre nel secondo comma, che consente anche il rilievo officioso, lo stesso articolo si riferisce all'esibizione di documenti particolari. L'ordine del giudice può essere rivolto sia nei confronti della controparte o di un terzo, possono essere desunti argomenti di prova ex art. 116 comma 2° c.p.c., in caso rifiuto ingiustificato all'esibizione<sup>329</sup>.

La richiesta di informazioni scritte alla pubblica amministrazione (che non sia parte in causa) ex art. 213 c.p.c. costituisce un ulteriore potere di carattere inquisitorio, con cui il giudice senza sostituirsi all'inerzia della parte<sup>330</sup>, richiede officiosamente alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa (normalmente provvedimenti amministrativi) che è necessario acquisire al processo e che non possono provarsi altrimenti.

---

<sup>329</sup> In questo senso si veda Cass., 13 agosto 2004, n. 15768; Cass., 10 dicembre 2003, n. 18833; Cass., 2 agosto 2002, n. 11617; Cass., 28 agosto 2000, n. 11225; Cass., 9 ottobre 1998, n. 10063; Cass., 12 gennaio 1996, n. 188 secondo la quale "dall'ingiustificata inottemperanza all'ordine di esibizione emesso ai sensi dell'art. 210 c.p.c., il giudice può desumere argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116 stesso codice, in pregiudizio della parte che non vi ha ottemperato, anche ai fini della quantificazione equitativa del danno". Si veda inoltre Cass., 5 febbraio 1991 n. 1094 nonché Cass., 6 dicembre 1983, n. 7289 ove si afferma che "ove la parte destinataria dell'ordine di esibizione, deduca l'esistenza di circostanze impeditive, la controparte interessata ha l'onere di provare la perdurante impossibilità di produzione in giudizio della documentazione richiesta". Quando l'ordine di esibizione è rivolto ad un terzo il G.I. ai sensi dell'art. 211 c.p.c. "deve cercare di conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo e, prima di ordinare l'esibizione, può disporre che il terzo sia citato in giudizio, assegnando alla parte istante un termine per provvedervi". Il terzo non citato può comunque intervenire spontaneamente nel giudizio per opporsi all'ordine di esibizione, purché tale intervento sia effettuato prima della scadenza del termine assegnato per l'esibizione (art. 211, 2° comma c.p.c.)

<sup>330</sup> Cass. Civ. 10 gennaio 2005, n. 287.

L'efficacia probatoria delle informazioni richieste alla pubblica amministrazione è ricondotta a quella delle prove atipiche, da esse il giudice può acquisire elementi di convincimento; per una parte della dottrina l'efficacia probatoria è quella degli argomenti di prova<sup>331</sup>, per un altro orientamento, essendo la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione un mezzo istruttorio espressamente disciplinato dalla legge, attribuisce a tali informazioni la dignità di vere e proprie fonti di convincimento del giudice tali da provare un fatto<sup>332</sup>.

Il deferimento del giuramento suppletorio ex artt. 240 c.p.c., ha secondo la definizione dell' art. 2732 n. 2 c.c. come presupposto la *semiplena probatio* ovvero fatti non pienamente provati, ma neppure sforniti di prova; il giudice deferisce il giuramento suppletorio alla parte che ha provato di più, ovvero a favore della quale il fatto è maggiormente provato<sup>333</sup>. La funzione del giuramento suppletorio è di evitare l'applicazione rigida della regola dell'onere della prova che impone di ritenere non provato un fatto che non è totalmente provato; un fatto provato ad es. al 50% comporterebbe il rigetto della domanda<sup>334</sup>.

Il deferimento del giuramento estimatorio ex art. 241 c.p.c. è il giuramento sul valore della cosa domandata, nel caso in cui non si possa accertare altrimenti, secondo la definizione dell'art. 2736 n. 2 c.p.c..

Il giuramento suppletorio o estimatorio vanno deferiti soltanto ad istruzione esaurita, ciò conferma la tesi che l'esercizio dei poteri istruttori officiosi del giudice non è soggetto agli stessi termini di decadenza previsti per le deduzioni probatorie ad istanza di parte.

La prova testimoniale ex art. 244 c.p.c. , è la dichiarazione di scienza effettuata da un soggetto che è terzo rispetto alle parti in causa<sup>335</sup>; consente al giudice di conoscere un determinato fatto attraverso la narrazione di un terzo che a sua volta l'abbia percepito direttamente o l'abbia appreso da altri. Tale narrazione deve

---

<sup>331</sup> MONTESANO *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, Padova, 1982

<sup>332</sup> CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, 679.; Ad identiche conclusioni sulla efficacia probatoria delle informazioni rese ex art. 213 c.p.c. perviene l'orientamento giurisprudenziale, Cass. 2456/79, che osserva che pur non esplicitando l'efficacia probatoria propria degli atti pubblici, le informazioni non possono neppure essere considerate alla stregua di qualsiasi scritto o dichiarazione proveniente da un terzo dal momento che gli atti della pubblica amministrazione sono assistite da una presunzione di legittimità.

<sup>333</sup> LUISO, *Diritto processuale civile II, Il processo di cognizione*, Milano, 2009, 159.

<sup>334</sup> ID., *Diritto processuale civile II, loc. cit.*.

<sup>335</sup> ID., *Diritto processuale civile II, cit.*, 127.

essere resa all'interno del processo, in forma orale, attraverso un esame diretto del teste, che mira essenzialmente a verificare, nel contraddittorio delle parti, l'attendibilità delle sue dichiarazioni.

L'art. 248 prevede limitazioni soggettive per la prova testimoniale, come l'incapacità di testimoniare per coloro che abbiano un interesse nella causa che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio. Le limitazioni oggettive della prova testimoniale fanno riferimento ai fatti sui quali la testimonianza è esclusa o è ammessa solo a certe condizioni, come in particolare nel caso in cui attraverso la testimonianza dovrebbe provarsi l'esistenza di un contratto per la cui validità è richiesta la forma scritta ad substantiam, eccetto il caso in cui miri a dimostrare che il contratto è stato effettivamente stipulato per iscritto e che il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova ex art. 2724 comma 3° c.p.c.. Si ha un limite analogo superabile alle stesse rigide condizioni quando l'atto scritto sia richiesto ad probationem, ossia per provarne l'avvenuta stipulazione.

In base agli artt. 2722 e 2723 c.c. si ha un ulteriore limite alla prova testimoniale che abbia ad oggetto patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento; è esclusa quando si assuma che la stipulazione di tali patti è stata anteriore o contemporanea rispetto alla formazione del documento. Qualora ex art. 2723 c.c., invece, si alleggi che i patti aggiunti o contrari siano stati stipulati dopo la formazione del documento, la prova per testi è consentita solamente se, avuto riguardo alla qualità delle parti, alla natura del contratto e a ogni altra circostanza, appare verosimile che siano state fatte aggiunte o modificazioni verbali; inoltre, ex art. 2721 c.c., non è ammessa quando il valore dell'oggetto sia superiore a 2,58 euro, l'inconveniente dell'irrisorietà dell'importo è superata dal comma 2° che consente la prova testimoniale al di là del limite, tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza.

Invece in base all'art. 2724 c.c., la prova testimoniale è sempre ammessa, in deroga ai limiti elencati, quando: sussista un principio di prova scritta, qualsiasi scritto, proveniente dalla persona contro la quale è diretta la domanda o dal suo rappresentante, che faccia apparire verosimile il fatto allegato; il contraente sia stato nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta; il contraente abbia perduto senza sua colpa il documento che le forniva la prova.

Il giudice ex art. 281ter c.p.c. ha il potere discrezionale di disporre d'ufficio la prova testimoniale, indicando specificatamente le persone da interrogare e dei fatti formulandone egli stesso i capitoli sui quali ciascuna di esse deve essere interrogata (come prescrive l'art. 244 c.p.c.), nel caso in cui un testimone si riferisce per la conoscenza dei fatti, ad altre persone che appaiono in grado di conoscere la verità<sup>336</sup>.

Tale norma proviene dalla trasmigrazione della disposizione che era contenuta nell'art. 312 c.p.c., per opera della riforma del 1998.

Il testimone ha l'obbligo di comparire. Le deroghe riguardano esclusivamente le ipotesi in cui si trovi nell'impossibilità di presentarsi o ne sia esentato dalla legge o da convenzioni internazionali, in questo caso è previsto che il giudice si rechi ad assumere la deposizione presso l'abitazione o l'ufficio del teste, oppure deleghi a procedervi il giudice del luogo. Fuori dalle deroghe, se il teste regolarmente citato non si presenta, il giudice può ordinare una nuova intimazione oppure l'accompagnamento coattivo alla stessa udienza o ad altra successiva, e può condannare il teste ad una pena pecuniaria compresa tra 100 e 1000 euro. Se, nonostante tale sanzione, il teste omette nuovamente di comparire senza giustificato motivo, il giudice ne dispone l'accompagnamento coattivo e lo condanna al pagamento di un'ulteriore pena pecuniaria compresa tra 200 e 1000 euro.

I testimoni devono essere esaminati separatamente. E hanno l'obbligo di dire la verità data la previsione di conseguenze penali previste per la testimonianza falsa o reticente ex art. 251 c.p.c..

La chiamata a deporre ex art. 257 c.p.c. dei testi "de relato" ovvero non esclusi perchè sovrabbondanti e rinunciati

Il giudice può disporre officiosamente, il confronto tra più testimoni, quando nelle rispettive deposizioni siano emerse divergenze ex art. 254 c.p.c; può ordinare d'ufficio che siano chiamate a deporre le persone cui alcuno dei testimoni abbia fatto riferimento per la conoscenza dei fatti ex art. 257 comma 1° c.p.c.; inoltre può decidere di sentire i testi ritenuti in un primo momento sovrabbondanti o dei quali aveva consentito la rinuncia; o disporre la rinnovazione dell'esame di testi

---

<sup>336</sup> Sono i c.d. Testi di riferimento.

già escussi, al fine di chiarire la loro deposizione o di correggere eventuali irregolarità nel precedente esame.

L'assunzione dei testi "*de relato*" o non escussi perché sovrabbondanti e rinunciati, costituisce fondamentalmente un ampliamento officioso della prova già dedotta e capitolata ex art. 244, comma 1° c.p.c, con l'ammissione di nuovi testi ma non di nuovi capitoli di prova; sia la testimonianza di riferimento, sia l'audizione dei testi non previamente escussi, non possono estendersi a fatti diversi da quelli capitolati ex art. 244 c.p.c., per cui il contraddittorio è stato già ampiamente garantito e non si pone l'esigenza di assicurare alle parti la possibilità di fornire sul medesimo fatto una prova contraria a quella acquisita ex officio, per cui avendo le parti avuto già modo di dedurre prova indiretta e contraria sui detti capitoli non ci sarebbe ragione di concedere loro nuovi termini.

Potrebbe però costituire un'eccezione il fatto che l'avversario non abbia avuto la possibilità di dedurre la prova indiretta e contraria in precedenza. Ad esempio, se l'attore abbia articolato una prova per testi in atto di citazione con separati e distinti capitoli, indicando testi diversi per ciascuno di essi, ed in esito all'udienza di trattazione dichiarare subito di rinunciare ad alcuni capi di prova (con l'accettazione della rinuncia di controparte ed il consenso del giudice.), non sembrerebbero sussistere ragioni per inibire al convenuto che sia stato posto nella condizione di non dover richiedere la prova contraria, di ottenere l'assegnazione del termine per la controprova, qualora il giudice ritenga di ammettere i capi di prova rinunciati con i testi a suo tempo indicati.

Il rendimento di conti, come anticipato, oltre alle caratteristiche di un mezzo istruttorio ha anche la struttura di un autentico procedimento, idoneo a condurre non solo alla prova, ma anche all'accertamento circa la situazione del conto.

Ci sono casi in cui la legge impone a determinati soggetti l'obbligo di rendiconto, ad esempio, nel tutore che amministra gli interessi del minore. L'obbligo di rendiconto è strettamente connesso con il compimento di attività nell'interesse di altri soggetti; per tale motivo è necessario che gli interessati siano informati per far valere i loro diritti o adempiere agli obblighi derivanti dall'attività compiuta<sup>337</sup>.

---

<sup>337</sup> ID, *Diritto processuale civile II*, cit., 162-163.

La procedura di rendiconto è considerata obbligatoria quando siano previste determinate modalità di rendiconto che non consentano il ricorso alternativo ai comuni mezzi istruttori<sup>338</sup>

Quando il giudice lo richieda, il rendiconto, deve essere depositato in cancelleria con i documenti giustificativi almeno 5 giorni prima dell'udienza fissata per la discussione di esso ex art. 263 comma 1° c.p.c..

In base all'art. 265 c.p.c. , il giudice può deferire un giuramento suppletorio nelle cause di rendimento dei conti.

La consulenza tecnica d' ufficio (C.T.U.) ex artt 61 e ss. e. 191 e ss. c.p.c., ha la caratteristica di essere un mezzo istruttorio ammissibile d' ufficio e sottratto alla disponibilità delle parti; costituisce un sapere tecnico specialistico che integra le conoscenze del giudice per l'accertamento del fatto; si rende talvolta necessaria o per l'attività di percezione, o per l'attività di deduzione, o, infine, per la individuazione delle massime di comune esperienza di cui il giudice non è fornito.

Sebbene si ritenga comunemente che non si tratti di un mezzo di prova, ma di uno strumento per la valutazione delle prove già altrimenti acquisite nel processo; costituisce una vera e propria fonte di prova, supplendo all'ispezione giudiziale esperibile con l'assistenza del c.t.u., ogni volta gli sia demandata un' attività di percezione e non di mera valutazione/deduzione o indicazione strumentale. La consulenza tecnica, dunque, assume valenza probatoria, quale strumento necessario all'accertamento e alla descrizione dei fatti, laddove i fatti da accertare siano riscontrabili solo attraverso specifiche cognizioni od esperienze tecniche, ovvero i dati costituenti l'oggetto della prova invocata debbano essere rilevati con l'ausilio di particolari strumentazioni e cognizioni tecniche, oppure quale mezzo di acquisizione di elementi e di parametri di determinazione o di stima del valore di determinate cose, mobili o immobili, che la parte onerata si trovi quantomeno nella pratica difficoltà di fornire adeguatamente da sola<sup>339</sup>.

Se, invece, il fatto secondario, o la fonte materiale rappresentativa di prova, sia acquisita dal giudice, la consulenza non è fonte di prova, ma solo un' attività di valutazione della prova. In tal caso il consulente rende nota al giudice la massima

---

<sup>338</sup> Cass. Civ. 26 ottobre 1995, n. 11139.

<sup>339</sup> COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 1998,492; Cass. 10 novembre 1988, in *Foro it. Rep.* 1988, voce *consulente tecnico*, n. 14.

di esperienza la cui diffusione non è ancora generalizzata, portando nel processo il suo apporto nozionistico. L'incarico al consulente di accertare i fatti viene di regola affidato soltanto quando si tratti di accertamenti che possono essere compiuti soltanto da chi possiede una determinata preparazione tecnica ed in tali casi il giudice addirittura non può rifiutare la consulenza adducendo il mancato assolvimento dell'onere della prova, non essendo in queste ipotesi (di fatti rilevabili solo con il ricorso a cognizioni tecniche) utilmente invocabile la regola generale secondo cui la consulenza rientra nei poteri discrezionali del giudicante e non può essere disposta per l'acquisizione di fatti e circostanze la cui dimostrazione possa e debba essere fornita dalla parte che li allega.

Il giudice non è obbligato ad attenersi alle risultanze della consulenza, ma qualora se ne discosti è tenuto a motivare adeguatamente le sue valutazioni e apprezzamenti<sup>340</sup>.

Al C.T.U. si applicano gli istituti dell'astensione e riconsulenza nei casi previsti dall'art. 51 e 63 c.p.c. e ciò tende a configurarlo come un vero e proprio ausiliario del giudice.

### *13. Segue. Il contraddittorio delle parti nella C.T.U..*

Un particolare aspetto della consulenza tecnica di diritto comune da prendere in considerazione, è quello del contraddittorio delle parti, in atto in ogni fase del suo svolgimento, tanto da poter essere ammessa solo nel caso in cui venga concesso ai contendenti il termine previsto ex art. 183 comma 8° c.p.c., per le eventuali controdeduzioni necessarie rispetto a tale rilievo istruttorio officioso<sup>341</sup>. A tal fine è opportuno mettere in risalto gli spunti che il diritto positivo offre riguardo l'aspetto del contraddittorio nella C.T.U., in base ad una dettagliata analisi delle disposizioni codicistiche.

Sin dalla progettazione codicistica, uno degli intenti del codice del '42 relativamente alla consulenza tecnica, è stato quello di assicurare che "la collaborazione del perito col giudice, operi mediante il loro contatto diretto e

---

<sup>340</sup> Cass. Civ. 3 agosto 2004, n. 14849.

<sup>341</sup> CECHELLA, *La cornice della consulenza tecnica. Il punto di vista dell' avvocato, Relazione al Convegno "La consulenza tecnica nelle crisi familiari: la cornice, il metodo, l'etica*, Verona, 7-9 giugno 2007, par. 3.



costante nel corso dell'istruttoria del processo"<sup>342</sup>. Ciò era diretto all'espresso fine di consentire al giudice di ricorrere all'ausilio dell'esperto "in qualsiasi istante e su ogni particolare fatto", al fine di configurare la consulenza come "uno strumento efficace nelle mani del giudice"<sup>343</sup>, per rendere "il più possibile intenso il legame tra giudice e perito", dato che nel codice previgente l'istituto della perizia (che corrisponde all'attuale consulenza tecnica) era caratterizzato da una relazione scritta formata senza la partecipazione del giudice, considerata "quasi sempre non aderente alle concrete esigenze del giudizio, molto spesso ermetica e abbondantemente infarcita di vaporose elucubrazioni scientifiche o pseudoscientifiche"<sup>344</sup>, al punto da essere percepita come motivo di soggezione per il giudice, tanto che "la regola che il giudice è il perito dei periti rimane nel campo delle astrazioni"<sup>345</sup>. Nell'espletamento dell'incarico, quindi, secondo quanto previsto dall'art. 62 c.p.c., il consulente tecnico deve innanzitutto limitarsi al compimento di quelle attività che gli sono espressamente affidate mediante la formulazione del quesito giudiziale<sup>346</sup>. L'utilizzazione del termine "indagini" non deve far pensare all'attribuzione al consulente tecnico di una generica funzione inquirente, dato che l'attività del consulente è circoscritta dal giudice per il tramite della formulazione dei quesiti nonché, più in generale, dall'oggetto della controversia<sup>347</sup>. In altri termini, il consulente tecnico "deve limitarsi ad attuare la delega tecnica che gli è stata conferita, perché il suo incarico ed i limiti di espletamento dipendono appunto dal provvedimento di designazione"<sup>348</sup>. Coerentemente con tale impostazione programmatica, la disciplina positiva prevede che il consulente compia di regola insieme con il giudice le attività necessarie per l'assolvimento dell'incarico delineate nella duplice prospettiva, sinteticamente descritta dall'art. 62 c.p.c., di effettuazione delle indagini affidategli

---

<sup>342</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*., Milano, 2011, 238.

<sup>343</sup> LUGO-BERRI, *Codice di procedura civile illustrato con i lavori preparatori e note di commento*, Milano, 1940, 96-97.

<sup>344</sup> ID., *Codice, loc. cit.*

<sup>345</sup> ID., *Codice, loc. cit.*

<sup>346</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica, cit.*, 239.

<sup>347</sup> ID., *La consulenza tecnica, loc. cit.*

<sup>348</sup> BESSO, *La consulenza tecnica d'ufficio e l'accertamento tecnico preventivo dopo le riforme processuali del 2005*, in *Giur. it.*, 2007, 2056.

dal giudice e di risposte (da fornire in udienza o in camera di consiglio) ai chiarimenti richiesti<sup>349</sup>.

In questo senso, infatti, l'art. 194 c.p.c. configura come del tutto eccezionale l'ipotesi che il consulente venga autorizzato dal giudice a compiere le indagini e gli accertamenti assegnatigli anche in sua assenza.

Si registra, in effetti, la presenza di una disciplina del tutto articolata per la regolamentazione dell'ipotesi eccezionale, divenuta la modalità pressoché esclusiva nella prassi, di svolgimento delle indagini peritali senza la presenza del giudice<sup>350</sup>. In questi casi, da considerarsi straordinari, il consulente tecnico è innanzitutto tenuto a redigere una relazione scritta, nella quale devono essere inserite tutte le istanze e le osservazioni che, ai sensi dell'art. 194 comma 2° c.p.c., le parti hanno diritto di proporre al consulente per iscritto o a voce ex art. 195, comma 2° c.p.c.<sup>351</sup>. Pare si tratti di una disposizione che sembra dettata dalla necessità di colmare il deficit di garanzie che le parti scontano in ragione dell'eccezionale assenza del giudice<sup>352</sup>.

Nella stessa ottica, anche, per evidenti ragioni di celerità ed economia, il legislatore tenta di regolare le ipotesi in cui (anche a seguito delle istanze e delle osservazioni presentate dalle parti), nel corso delle indagini svolte dal consulente "da sé solo" si presentino "questioni sui suoi poteri o sui limiti dell'incarico conferitogli" ex art. 92 disp. att. c.p.c.<sup>353</sup>.

Si prevede, in relazione a questi casi, che, su richiesta del consulente o su istanza delle parti, il giudice intervenga alle operazioni peritali; e, in tale sede, provveda, sentite le parti, a dirimere la questione insorte, adottando i provvedimenti ritenuti più opportuni per la continuazione delle operazioni peritali<sup>354</sup>. Generalmente l'intervento del giudice viene richiesto per risolvere contrasti che hanno ad oggetto i poteri di indagine effettivamente attribuiti al consulente, ovvero l'esatta delimitazione dell'incarico conferitogli (ossia una precisa interpretazione del

---

<sup>349</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 239.

<sup>350</sup> COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, 880.

<sup>351</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 240.

<sup>352</sup> L' art. 195 c.p.c. , nel disciplinare l' ipotesi in cui il giudice sia presente allo svolgimento delle operazioni peritali, dispone che “ delle indagini del consulente si forma processo verbale , ma (il giudice) può anche disporre che il consulente rediga relazione scritta”.

<sup>353</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 240.

<sup>354</sup> ID., *La consulenza tecnica*, loc. cit..

contenuto dei quesiti formulati)<sup>355</sup>. Il giudice può essere investito del contrasto o su istanza della parte (formulata personalmente, quando le parti possono stare in giudizio senza il ministero di un difensore, o per il tramite del proprio procuratore), ovvero per mezzo della comunicazione dello stesso consulente. È del resto auspicabile che il consulente, qualora nutra perplessità sull'esatta determinazione dell'incarico conferitogli, si rivolga al giudice. Ciò diretto al fine di evitare errori di forma o di merito che potrebbero tradursi in cause di nullità della consulenza o, comunque, in una sostanziale inefficacia della stessa<sup>356</sup>.

E' però ampiamente noto che nella prassi i tempi per la risoluzione delle questioni sorte nel corso delle indagini peritali tendano a dilungarsi ben oltre la immediata risoluzione immaginata dal legislatore, non fosse altro che per la ragione che presupposto per il provvedimento giudiziale risulta essere il deposito di una apposita istanza (della parte o del consulente), nonché lo svolgimento di un'apposita udienza per sentire le parti<sup>357</sup>.

Del resto, ove sorgano contrasti sull'esatta delimitazione dell'incarico conferito al consulente o sui poteri d'indagine allo stesso attribuiti, l'intervento del giudice si palesa evidentemente come insostituibile, essendo il consulente, nella sua qualità meramente ausiliaria, privo di autonomi poteri decisori<sup>358</sup>.

Esistono, inoltre, sempre con specifico riferimento alle ipotesi di indagini condotte dal consulente in assenza del giudice, ulteriori disposizioni espressamente finalizzate alla salvaguardia del contraddittorio e del diritto di difesa<sup>359</sup>. In questo senso è indirizzata quella che prevede che il consulente debba avvertire le parti del giorno, del luogo e dell'ora di inizio delle operazioni peritali ex art. 90 comma 1° disp. att. c.p.c.. In effetti, specie ove le indagini si svolgano in assenza del giudice, deve essere consentito alle parti di intervenire alle operazioni peritali, personalmente o per mezzo dei loro difensori, ed anche mediante propri consulenti tecnici di parte<sup>360</sup>. Si tratta di soggetti, questi ultimi, professionalmente

---

<sup>355</sup> ID., *La consulenza tecnica, cit.*, 240-241.

<sup>356</sup> CATALDI, *Rapporti tra giudice e consulente tecnico nel processo civile: esecuzione dell'incarico*, in *Giur. mer.*, XII, 2007, 3089-3090; BRONZINI, *L'attività del consulente tecnico d'ufficio*, in *Nuovo dir.*, 1988, 848 ss,

<sup>357</sup> CATALDI, *Rapporti, loc. cit.*

<sup>358</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica, cit.*, 241.

<sup>359</sup> ID., *La consulenza tecnica, cit.*, 242.

<sup>360</sup> ID., *La consulenza tecnica, loc. cit.*

qualificati nella materia oggetto della consulenza tecnica d'ufficio, considerati alla stregua di "difensori tecnici", con la specifica funzione di assistere le parti nell'integrazione, sotto il profilo tecnico-specialistico, delle proprie attività di difesa<sup>361 362</sup>.

È peraltro chiaro anche l'intento di favorire in tal modo il raggiungimento di un risultato ulteriore, considerato di estremo rilievo anche per il giudice; ossia, di garantire il contraddittorio proprio in fase di acquisizione delle conoscenze tecnico-scientifiche essenziali, in funzione conoscitivo-valutativa, per la risoluzione della controversia<sup>363</sup>. Mediante l'introduzione di tale figura, il legislatore ha molto probabilmente inteso stabilire una significativa analogia con il ruolo svolto dal consulente tecnico d'ufficio in favore del giudice; la funzione di entrambi i soggetti essendo quella di integrare le specifiche attività rispettivamente di giudice e parti mediante l'apporto delle conoscenze specialistiche necessario in relazione alle caratteristiche della controversia<sup>364</sup>.

Inoltre (a prescindere dalla partecipazione del giudice alle operazioni peritali), l'art. 201 c.p.c. prevede che, con la stessa ordinanza ammissiva della consulenza tecnica, il giudice debba assegnare alle parti un termine entro il quale procedere alla nomina di un proprio consulente tecnico di parte<sup>365</sup>. Tale soggetto avrà la possibilità di partecipare alle operazioni peritali, per ivi svolgere tutte le osservazioni o le richieste ritenute più opportune (art. 194 c.p.c.); a tal fine il cancelliere è tenuto a comunicare ai consulenti tecnici di parte, mediante biglietto di cancelleria, le indagini predisposte dal consulente ex art. 91, comma 2° disp. att. c.p.c.<sup>366</sup>. Per parte sua, e sempre nell'ottica del rispetto del principio del contraddittorio, il consulente tecnico d'ufficio sarà obbligato, ex art. 90, 2° e 3°

---

<sup>361</sup> Art. 194 c.p.c. ove prevede che “anche quando il giudice dispone che il consulente compia indagini da sé solo, le parti possono intervenire alle operazioni in persona e a mezzo dei loro consulenti tecnici e difensori.

<sup>362</sup> GRASSELLI, *L'istruzione probatoria nel processo civile riformato*, Padova, 2000, 464, sostanzialmente, il consulente di parte svolge un ruolo che lo avvicina a quello del difensore: ha cioè la funzione di assistere la parte fornendo le proprie cognizioni tecniche sui fatti, per l'accertamento dei quali, il giudice ha nominato un consulente d'ufficio. Si può quindi definire un difensore tecnico, in contrapposto all'avvocato, difensore giurista

<sup>363</sup> DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. Dir. proc.* 1967, 404 ss.; ID, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1972, 414 ss.

<sup>364</sup> CARNELUTTI, *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milano, 1937, 49.

<sup>365</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 243.

<sup>366</sup> ID., *La consulenza tecnica*, loc. cit..

comma c.p.c., a trasmettere alle controparti copia delle memorie contenenti le osservazioni e le istanze consentite dall'art. 194 c.p.c.<sup>367</sup>. Su altro versante, il consulente tecnico di parte potrà partecipare all'udienza di discussione o alla camera di consiglio (ivi con esclusivo riferimento alla fase antecedente a quella di emissione della decisione), tutte le volte che il giudice vi ordinerà la partecipazione del consulente tecnico d'ufficio. In quelle sedi, previa autorizzazione del giudice, il tecnico di parte potrà svolgere le sue osservazioni "sui risultati delle indagini tecniche" ex art. 201, 1° e 2° comma c.p.c.)<sup>368</sup>.

Secondo parte della dottrina sarebbe possibile rinvenire una sostanziale bipartizione fra le attività affidate al consulente, a cui corrisponderebbe uno spettro differenziato dei diritti delle parti. In particolare è stato ravvisato nell'espletamento dell'incarico del consulente tecnico d'ufficio la composizione di due attività distinte e separate<sup>369</sup>. La prima, quella delle "indagini", si sostanzierebbe nella raccolta del materiale probatorio necessario per la risposta al quesito, comprendendo gli eventuali sopralluoghi, l'acquisizione e l'esame dei documenti, la raccolta di informazioni da terzi o dalle parti, il compimento di calcoli, rilievi o di altre attività di indagine variamente classificabili<sup>370</sup>. La seconda tipologia di attività consisterebbe, invece, nella organizzazione ed elaborazione del materiale raccolto per la formazione della risposta ai quesiti<sup>371</sup>. Tale distinzione, che sembra in qualche misura richiamare la tradizionale distinzione funzionale fra consulente percipiente e consulente deducente, esplicherebbe, come appena detto, i suoi effetti anche sulla configurazione dei diritti delle parti e, in particolare, sull'individuazione delle tipologie di attività del consulente da svolgersi necessariamente in contraddittorio<sup>372</sup>. La dottrina maggioritaria ritiene, infatti, che il legislatore abbia inteso circoscrivere la partecipazione dei consulenti tecnici di parte, alle sole "indagini" compiute dal consulente, in quanto soltanto tale attività di "percezione" e acquisizione diretta del materiale rilevante per la risposta al quesito, andrebbe qualificata come essenzialmente probatoria. Tale attività costituirebbe, dunque, il limite dei diritti delle parti (e dei loro consulenti)

---

<sup>367</sup> ID., *La consulenza tecnica*, loc. cit..

<sup>368</sup> ID., *La consulenza tecnica*, loc. cit..

<sup>369</sup> ID., *La consulenza tecnica*, loc. cit..

<sup>370</sup> ID., *La consulenza tecnica*, loc. cit..

<sup>371</sup> ID., *La consulenza tecnica*, loc. cit..

<sup>372</sup> BESSO, *La consulenza*, cit., 2526 e ss..

rispetto alla partecipazione alle relative attività e al controllo dell'operato del consulente tecnico d'ufficio<sup>373</sup>.

Su altro versante, ma sempre in coerenza con i principi alla base della sistemazione realizzata dal codice rispetto alla consulenza tecnica d'ufficio (intesa quale strumento ausiliario del giudice), si configura la disciplina codicistica riguardo alla circostanza che "normalmente" il consulente dovrebbe esplicitare il proprio incarico fornendo al giudice il proprio apporto "in forma semplice e pratica"<sup>374</sup>. In ossequio ai principi di oralità, immediatezza ed economia processuale, il contributo dell'esperto appare da realizzarsi "rispondendo direttamente ai quesiti che gli vengono posti"; il tutto evitando di ricorrere al deposito "di una ingombrante e a volte inutile relazione scritta"<sup>375</sup>. Tuttavia, questa modalità di espletamento dell'incarico, prospettata dal legislatore del '42 come usuale, è rimasta per ragioni agevolmente intuibili (e comunque connesse alle carenze strutturali dell'organizzazione giudiziaria italiana) sostanzialmente inapplicata<sup>376</sup>. Infatti, nella prassi giudiziaria risultano del tutto infrequenti, anzi statisticamente irrilevanti, i casi in cui il consulente tecnico risponda ai quesiti formulati dal giudice con modalità diverse da quella consistente nel deposito della relazione peritale scritta<sup>377</sup>.

In altri termini, il rapporto fra giudice e consulente è venuto configurandosi, in maniera pressoché esclusiva, nell'attribuzione a quest'ultimo di uno specifico incarico circoscritto per il tramite della formulazione dei quesiti, a cui il consulente risponde, dopo aver autonomamente svolto le operazioni necessarie, mediante il deposito di una relazione scritta<sup>378</sup>.

A tale proposito sembra anzi possibile ritenere che la recente trasformazione della disciplina dell'art. 195 c.p.c. realizzata con la l. n. 69 del 2009, abbia indirettamente sancito questa come l'unica modalità operativa di formazione dei risultati peritali<sup>379</sup>. Per altro verso, è possibile anche ritenere che, con tale trasformazione,

---

<sup>373</sup> ID., *La consulenza*, loc. cit..

<sup>374</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 244.

<sup>375</sup> *Relazione al re*, presentata dal guardasigilli Grandi il 18 dicembre 1941 per l'approvazione delle Disposizioni di Attuazione.

<sup>376</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 244.

<sup>377</sup> ID., *La consulenza tecnica*, cit., 245.

<sup>378</sup> CATALDI, *Rapporti*, cit., 3087.

<sup>379</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 245.

si siano superate alcune discrasie funzionali presenti a questo riguardo, derivanti da impostazioni giurisprudenziali non propriamente informate a un rigoroso garantismo: ad esempio, quegli indirizzi giurisprudenziali che consideravano valida, ossia non affetta da nullità, la relazione peritale nella quale il consulente avesse ommesso di riportare le critiche e le osservazioni delle parti o dei loro consulenti<sup>380</sup>.

In altri termini, il legislatore del 2009 ha inciso sulla relativa disciplina in modo da rendere obbligato il coinvolgimento dei consulenti tecnici di parte, nonché il contraddittorio fra tali soggetti e il consulente tecnico d'ufficio (tenuto a inserire nella relazione peritale le "risposte" alle critiche e alle osservazioni delle parti)<sup>381</sup>.

I maggiori problemi connessi alla fase di svolgimento delle operazioni peritali si sostanziano essenzialmente nella verifica del rispetto del principio del contraddittorio, nonché nella esatta individuazione dei limiti entro i quali il consulente può validamente acquisire (eventualmente anche "oltre i limiti del mandato") il materiale probatorio utilizzabile dal giudice per la risoluzione della controversia<sup>382</sup>. Tali questioni impongono alcune brevi considerazioni sulle prassi giurisprudenziali concernenti lo svolgimento delle attività del consulente.

Come anticipato, a tale riguardo si manifestano particolari problemi interpretativi, relativi, per un verso, alla effettività delle "garanzie di difesa e di contraddittorio delle parti e, per altro verso, alla individuazione dei limiti oggettivi entro i quali il consulente può validamente acquisire (e il giudice può, quindi, validamente utilizzare ai fini della decisione della controversia) dati o elementi conoscitivi di rilevanza probatoria<sup>383</sup>.

Relativamente ad entrambi gli aspetti, in giurisprudenza si sono consolidati indirizzi "non certo improntati ad un corretto rigore garantistico" e anzi sostanzialmente miranti "a privilegiare l'economia delle risorse probatorie e la salvaguardia tendenziale del fatto compiuto"<sup>384</sup>.

Con riferimento al primo degli aspetti segnalati, in giurisprudenza appare stabilmente assestata l'idea secondo la quale "le consulenze di parte non

---

<sup>380</sup> ID., *La consulenza tecnica*, loc. cit..

<sup>381</sup> ID., *La consulenza tecnica*, loc. cit..

<sup>382</sup> ID., *La consulenza tecnica*, loc. cit..

<sup>383</sup> ID., *La consulenza tecnica*, cit., 246.

<sup>384</sup> COMOGLIO, *Le prove civili*, cit. 874.

costituiscono mezzi di prova, ma semplici allegazioni difensive prive di autonomo valore probatorio". Ne consegue che "il giudice di merito non sia tenuto a motivare il proprio dissenso in ordine alle argomentazioni in esse contenute", e che, pertanto, sia libero di disattendere le relative conclusioni, senza alcun obbligo di analizzarle e confutarle espressamente<sup>385</sup>. Si registra però l'emersione di un orientamento significativamente differente, in quanto caratterizzato da un maggiore rigore verso gli obblighi motivazionali del giudice, oltre che da un atteggiamento complessivamente più garantistico per i diritti delle parti, secondo il quale "quando i rilievi alla consulenza tecnica siano precisi e circostanziati, tali da portare a conclusioni diverse da quelle contenute nella consulenza tecnica d'ufficio ed adottate in sentenza, ove il giudice trascuri di esaminarli analiticamente ricorre il vizio di insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia"<sup>386</sup>.

Ma anche sul versante del rispetto formale del principio del contraddittorio (inteso in questo contesto come rispetto della facoltà di assistere alle operazioni peritali), sembrano manifestarsi orientamenti giurisprudenziali caratterizzati da scarsa attenzione verso i diritti della parti<sup>387</sup>. La giurisprudenza mostra di ritenere che il consulente abbia l'obbligo di comunicare alle parti esclusivamente l'inizio delle operazioni peritali ex art. 90 disp. att. c.p.c.<sup>388</sup>. Ciò nel senso che per quanto concerne la loro prosecuzione (e con riguardo a ogni singola operazione da compiersi) non sussisterebbe alcun obbligo per il consulente di effettuare ulteriori

<sup>385</sup> Cass. Civ. 26 settembre 2006, n. 20821, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *prova civile in genere*, n. 56; Cass. civ. 8 marzo 2001, n. 3371, *Rep. Foro it.* 2001, voce *consulente tecnico* n. 19.

<sup>386</sup> Cass. Civ. 24 aprile 2008, n. 10688, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *consulente tecnico* n. 15; Cass. Civ. 1 marzo 2007, n. 4797, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *consulente tecnico* n. 23; Cass. Civ. 16 giugno 2001, n. 8165, *Rep. Foro it.*, 2001, voce *consulente tecnico* n. 23.

<sup>387</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 247.

<sup>388</sup> Analogo avviso deve essere dato, ai sensi dell'alt. 91 comma 2 delle disp. att. c.p.c., dal cancelliere ai consulenti tecnici di parte. Con il termine "parti" devono intendersi i difensori tecnici e noti le parti personalmente. La comunicazione alla sola parte personalmente *comporta nullità* della consulenza (Cass., 27 settembre 2000, n. 12785, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *consulente tecnico*, n. 28). Nessuna comunicazione deve essere data alla parte contumace. (Cass., 22 novembre 1991, n. 12578, 1991, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *consulente tecnico* n. 9). Alle parti costituite la comunicazione di inizio delle operazioni peritali può essere data mediante indicazione nel verbale dell'udienza fissata per il conferimento dell'incarico, ovvero per il tramite di biglietto di cancelleria poi comunicato alle parti stesse ad opera del cancelliere. Invero, è invalsa la prassi di comunicare l'inizio delle operazioni peritali mediante qualsiasi forma di comunicazione idonea al raggiungimento dello scopo (Cass., 19 febbraio 1986, n. 978, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *consulente tecnico*, n. 13; Cass., 14 giugno 1982, n. 3610, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *consulente tecnico*, n. 9).



comunicazioni, ritenendosi le parti comunque onerate di seguire il successivo svolgimento delle attività peritali<sup>389</sup>. Solo qualora "le operazioni siano state rinviate a data da destinarsi", ovvero non sia stata fissata alcuna data per la prosecuzione delle operazioni, il consulente tecnico d'ufficio avrà l'obbligo di avvertire nuovamente le parti della data e del luogo di ripresa delle operazioni peritali. E ciò a pena di nullità dell'intera relazione peritale<sup>390</sup>.

Riguardo, invece, all'ipotesi più ampia in cui venga omessa la comunicazione iniziale di avvio delle operazioni peritali, e la parte risulti aver subito un effettivo pregiudizio del diritto di difesa in ragione della concreta impossibilità di partecipare alle operazioni peritali, si determina una nullità relativa dell'intera consulenza tecnica d'ufficio: nullità che, quindi, se non viene tempestivamente eccepita nella prima udienza successiva al deposito della relazione peritale, si intende sanata<sup>391</sup>. Costituisce, infatti, un più generale principio sancito dalla giurisprudenza di legittimità, quello per cui "tutte le nullità relative all'espletamento della consulenza tecnica hanno carattere relativo e devono essere fatte valere nella prima udienza successiva al deposito della relazione, restando altrimenti sanate"<sup>392</sup>. Per converso, il tempestivo rilievo della nullità derivante dalla mancata comunicazione dell'inizio delle operazioni peritale rende la consulenza inutilizzabile in tutti i suoi elementi<sup>393</sup>.

Sempre in un'ottica di complessivo "svilimento" del ruolo e delle potenzialità dei consulenti tecnici di parte, la giurisprudenza ritiene poi che il mancato inserimento delle osservazioni dei consulenti tecnici di parte nella relazione peritale non comporti, anche in ipotesi di indagini svolte senza la presenza del giudice, nullità della consulenza<sup>394</sup>.

La conseguenza di fondo di queste interpretazioni sembra consistere in uno significativo impoverimento dell'intento di assicurare alle parti, per il tramite della

---

<sup>389</sup> Cass. Civ. 3 febbraio 1993, n. 1318, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1433-1434.

<sup>390</sup> Cass. Civ. 7 febbraio 1996, n. 986, in *Rep. Foro it.* 1996, voce *consulente tecnico*, n. 12.

<sup>391</sup> Cass., 29 marzo 2006, n. 7243, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *consulente tecnico*, voce n. 36; Cass., 25 ottobre 2006, n. 22843, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *consulente tecnico*, voce n. 35; Cass., 24 aprile 1993, n. 4821, in *Rep. foro it.*, 1993, voce *consulente tecnico*, n. 6.

<sup>392</sup> Cass. Civ. 23 marzo 1991, n. 3155, in *Rep. Foro it.*, 1991 voce *consulente tecnico*, voce n. 7.

<sup>393</sup> Cass. Civ. 15 gennaio 1994, n. 343, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *consulente tecnico*, voce n. 31

<sup>394</sup> Cass., 18 aprile 2001, n. 5687, in *Mass. Giur. it.*, 2001, 483; Cass., 7 luglio 2001, 9231, in *Mass. Giur. it.*, 2001 793; Cass., 14 settembre 1999, n. 9841, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *espropriazione per pubblico interesse*, n. 132; Cass., 14 aprile 1999, n. 3680, in *Mass. Ciust. Civ.*, 1999, 847.

collaborazione di particolari difensori tecnici, la possibilità di svolgere una difesa approfondita e completa sulle questioni oggetto della consulenza<sup>395</sup>. E ciò con riguardo a questioni e ambiti fattuali il cui accertamento può per certo configurarsi come di grande rilievo per l'esito della controversia<sup>396</sup>. Inoltre, mediante il consolidamento di tali prassi giurisprudenziali sembra chiaro che si priva il giudice della possibilità di usufruire dei risultati conoscitivi derivanti da un contraddittorio che investa anche le modalità di formazione dei risultati peritali, invece di grande utilità per consentire all'organo giudicante di meglio valutare, anche sulla scorta delle critiche e dei rilievi formulati dai consulenti tecnici di parte, la fondatezza e l'attendibilità dei risultati forniti al consulente tecnico d'ufficio<sup>397</sup>.

Con riguardo al secondo degli ambiti problematici, riguardante i limiti oggettivi di svolgimento delle attività del consulente tecnico, nella prassi si assiste di frequente all'introduzione nel processo di materiale probatorio non proveniente dalle parti o, comunque, formatosi in assenza di contraddittorio<sup>398</sup>. È a questo proposito che la dottrina più attenta sottolinea come il pericolo della lesione dei principi contenuti nella clausola costituzionale del "giusto processo" risulti decisamente amplificato dalla tendenza "ad acquisire surrettiziamente e in via mediata, attraverso la perizia e la consulenza tecnica, elementi di prova formati senza un effettivo contraddittorio fra le parti"<sup>399</sup>. In effetti, la giurisprudenza ritiene che il consulente possa acquisire "anche di sua iniziativa ogni elemento necessario all'espletamento del mandato, anche desumendolo da elementi non prodotti in causa dalle parti"<sup>400</sup>, a condizione che il materiale probatorio autonomamente introdotto nel processo dall'esperto, rientri "nell'ambito strettamente tecnico della consulenza", e con il solo limite che non abbia ad oggetto "fatti e situazioni che, in

---

<sup>395</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 248.

<sup>396</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 248.

<sup>397</sup> ID., *Problemi di corretta utilizzazione dell prova scientifica*, in *Riv. Trim., proc.Civ.*, 2002, 1348.

<sup>398</sup> ID., *La consulenza tecnica*, cit., 249.

<sup>399</sup> COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 874.

<sup>400</sup> Cass. Civ. 6 novembre 2001, n. 13686, in *Rep. Foro it.* 2001, voce *consulente tecnico* n. 14, secondo la quale il consulente "può attingere *aliunde* notizie e dati, non rilevabili dagli atti processuali e concernenti fatti e situazioni formanti oggetto del suo accertamento, quando ciò sia necessario per espletare convenientemente il compito affidatogli".

quanto posti direttamente a fondamento delle domande e delle eccezioni delle parti, debbono essere provati soltanto da queste"<sup>401</sup>.

In tale ultima ipotesi, la giurisprudenza prevalente tende infatti a considerare la consulenza tecnica d'ufficio integralmente nulla per palese violazione del principio del contraddittorio<sup>402</sup>. Per converso, nel rispetto di questi limiti e condizioni, la giurisprudenza di legittimità consente, dunque, al giudice di utilizzare per la risoluzione della controversia elementi probatori acquisiti autonomamente dal consulente tecnico d'ufficio che "non esulino sostanzialmente dall'oggetto dell'indagine per la quale è stata disposta la consulenza"<sup>403</sup>.

Quest'ultima formula appare pericolosamente generica e, conseguentemente, sembra rendere eccessivamente incerta l'individuazione dei confini oltre i quali i risultati, pur acquisiti dal consulente, non possano essere utilizzati per la risoluzione della controversia<sup>404</sup>. Del resto, nella stessa direzione sembra muoversi in giurisprudenza l'indirizzo (verosimilmente inteso a privilegiare la salvaguardia del materiale probatorio comunque acquisito, anche a scapito delle garanzie delle parti) secondo il quale "in tema di consulenza tecnica, eventuali irritalità dell'espletamento ne determinano la nullità solo ove procurino una violazione in concreto del diritto di difesa". Un'interpretazione che molto evidentemente non comporta l'automatica invalidazione dei risultati acquisiti mediante tali prassi; e secondo la quale, anzi, costituisce "onere del ricorrente specificare quali lesioni di tali diritti siano conseguite alla denunciata irregolarità"<sup>405</sup>.

Per superare i problemi connessi a queste interpretazioni (e da esse comunque derivati nella prassi giudiziaria) sembra inevitabile prospettare l'attribuzione al giudice dell'onere di formulare in maniera alquanto specifica i quesiti da sottoporre all'esperto, nonché di controllare altrettanto precisamente e, nei limiti del possibile, personalmente, lo svolgimento delle operazioni peritali. Ciò, del resto, a fronte del ricorrere di prassi giurisprudenziali tendenti ad attribuire al giudice una sorta di "compito di fare tutto"; ossia, di accertare la sostanza dei fatti

---

<sup>401</sup> Cass. Civ. 10 maggio 2001, n. 6502, in *Rep. Foro it.* 2001, voce *consulente tecnico* n. 15.

<sup>402</sup> AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, 2002, Padova, 302.

<sup>403</sup> Cass. Civ. 17 febbraio 2004, n. 3105, in *Rep. Foro it.* 2004, voce *consulente tecnico* n. 16.

<sup>404</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 249-250.

<sup>405</sup> Cass. Civ. 8 giugno 2007, n. 13428, in *Rep. Foro it.* 2007, voce *consulente tecnico* n. 26.

e le relative causalità, di valutare natura e consistenza economica delle conseguenze, nonché di stabilire il grado di responsabilità delle parti<sup>406</sup>.

**14. Segue. La modifica dell'art. 195 comma 3° c.p.c., con la legge 69/2009.**

La recente modificazione della disciplina del terzo comma dell' art. 195 c.p.c. sembra, invero, avere inciso su alcuni degli ambiti problematici, nel senso di un deciso potenziamento delle garanzie di contraddittorio offerto alle parti<sup>407</sup>. Al riguardo, va da subito evidenziato come le innovazioni concernenti l'articolo 195 c.p.c. appaiano funzionali al raggiungimento degli obiettivi prefissati dal legislatore del 2009: ossia, potenzialmente in grado di abbreviare e razionalizzare lo svolgimento del procedimento di formazione della prova scientifica per il tramite dell'esperto<sup>408</sup>. Queste trasformazioni sono apprezzabili anche sotto l'ulteriore profilo del potenziamento e del formale riconoscimento dei poteri di contraddittorio attribuiti alle parti nella formazione delle conoscenze esperte<sup>409</sup>.

In una chiara prospettiva di procedimentalizzazione di tale fase attraverso una precisa scansione delle relative attività, i cui tempi di svolgimento in precedenza risultavano in effetti non disciplinati, la nuova disciplina prevede dunque che, all'udienza nella quale l'esperto è chiamato per accettare l'incarico e prestare giuramento, il giudice provveda con ordinanza a fissare tre termini (nonché la data dell'udienza successiva al deposito della relazione redatta dal consulente tecnico d'ufficio)<sup>410</sup>. Un primo termine concerne il momento entro il quale l'esperto sarà tenuto a inviare la relazione alle parti; un secondo, il momento entro il quale le parti dovranno provvedere a trasmettere all'esperto le proprie osservazioni; un terzo e ulteriore, comunque "anteriore alla successiva udienza", il momento entro il quale il consulente dovrà depositare in cancelleria la relazione, completa delle osservazioni delle parti e con relative brevi repliche ad opera dello stesso

---

<sup>406</sup> VIAZZI, *La riforma del processo civile e alcune prassi giurisprudenziali in materia di prove: un nodo irrisolto*, in *Foro it.*, 1994, V, 106 e ss.

<sup>407</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 250.

<sup>408</sup> SASSANI, *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in *Judicium. it.*

<sup>409</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 251.

<sup>410</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 251.

esperto<sup>411</sup>. C'è da aggiungere che questo intervento sulla disciplina del terzo comma dell'art. 195 c.p.c. sembra davvero realizzare un risultato di valorizzazione del ruolo dei consulenti tecnici di parte; con effetti prevedibilmente significativi, dal momento che la loro partecipazione alla formazione della prova scientifica potrà trasformarsi da occasionale o eventuale, come finora è anche stato, a fisiologica, non fosse altro perché le relative osservazioni dovranno confluire necessariamente nella relazione messa a disposizione del giudice<sup>412</sup>.

Si tratta di una circostanza, come da subito rilevato anche in dottrina, per certo apprezzabile; oltre a consentire l'esplicazione del contraddittorio anche relativamente agli aspetti più propriamente specialistici della consulenza tecnica, tale trasformazione appare infatti anche in grado di facilitare, attraverso quella che davvero potremmo chiamare volgarizzazione della scienza, l'esercizio delle prerogative del giudice a riguardo<sup>413</sup>. È probabile, infatti, che la dialettica fra l'esperto e i consulenti tecnici di parte possa consentire al giudice maggiori possibilità di verifica e di controllo dei risultati forniti dall'esperto, tanto sotto il profilo della coerenza logica della complessiva elaborazione, che della affidabilità delle informazioni sotto il profilo tecnico scientifico<sup>414</sup>.

Attraverso la valutazione delle critiche contenute negli elaborati dei consulenti tecnici di parte (e delle correlative argomentazioni fornite in risposta dal consulente tecnico d'ufficio) il giudice verrebbe virtualmente posto in grado di meglio verificare l'esattezza delle metodologie utilizzate e la coerenza dei risultati forniti dal consulente tecnico d'ufficio. Lo stesso giudice, in quanto chiamato a selezionare fra le varie e diverse informazioni scientifiche (del c.t.u. e dei c.t.p.) confluite nella relazione peritale, sarebbe in qualche misura indotto a svolgere un ruolo complessivamente più attivo al riguardo<sup>415</sup>.

In definitiva, la "volgarizzazione della scienza" dovrebbe, pertanto, consentire di colmare la "soggezione specialistica" del giudice, quella che un tempo si sarebbe definita la preminenza culturale relativa dell'esperto nei confronti della generalità

---

<sup>411</sup> ID., *La consulenza tecnica*, loc. cit..

<sup>412</sup> ID., *Riforme in tema di utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile. Brevi rilievi critici*, in *Il giusto processo civile*, 2009, vol. 4, fasc. 3, 924 e ss..

<sup>413</sup> DENTI, *La giustizia civile*, Bologna, 2004, 149; CARNELUTTI, *Nullità della consulenza di parte*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1955, II, 292.

<sup>414</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 252.

<sup>415</sup> ID., *La consulenza tecnica*, loc. cit..

in un determinato campo del sapere<sup>416</sup>, così da consentire di qualificarlo, effettivamente e in termini attuali, come perito dei periti<sup>417</sup>.

### *15. La dibattuta questione delle prove atipiche e la loro ammissibilità officiosa.*

I mezzi probatori hanno la caratteristica della tipicità cioè sono quelli stabiliti dalla legge, conformemente al principio di legalità<sup>418</sup>, perciò non potrebbero utilizzarsi mezzi di prova atipici ossia non previsti dal legislatore<sup>419</sup>. Difatti, un primo indirizzo, desume dal sistema il principio di tassatività delle previsioni legali, per cui solo i mezzi di prova espressamente disciplinati dalla legge sarebbero ammissibili nel processo. Del resto, in mancanza di norme di cautela, prove atipiche o illegittimamente acquisite potrebbero formarsi in violazione del principio del contraddittorio, ciò comporterebbe lo sconvolgimento dell'istruzione probatoria.

Tuttavia dal punto di vista pratico, nonostante ampi e annosi dibattiti dottrinali, la giurisprudenza<sup>420</sup> ha fatto un uso massiccio di strumenti probatori difformi da quelli descritti dalle norme del c.c. e c.p.c., richiamando il principio del libero convincimento del giudice<sup>421</sup> ex art. 116 c.p.c. e la mancanza di una norma di chiusura<sup>422</sup> che qualifichi come inammissibili quei mezzi di prova che non trovano specifica regolamentazione giuridica nel diritto positivo, escludendo che il catalogo

---

<sup>416</sup> DONES, *Struttura e funzione della consulenza civile*, Milano, 1961, 3 e ss..

<sup>417</sup> ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, cit., 252.

<sup>418</sup> LUISSO, *Diritto processuale civile II*, cit., 71-72.

<sup>419</sup> ID. *loc. cit.*.

<sup>420</sup> Cass. Civ. 25 marzo 2004, n. 5965; Cass. Civ. 27 marzo 2003, n. 4666.

<sup>421</sup> CARNELUTTI *Lezioni di diritto processuale civile*, III, 2, Padova 1923, 342-344.

<sup>422</sup> MORTARA *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, 540 e ss.: 540 ss., il quale sostenne appunto che “accolto in più ristretto significato, cioè per indicare il modo di accertamento giudiziale dei fatti che formano oggetto di contrasto fra le parti, il nome prova serve a designare concretamente alcuni istituti giuridici che sono classificati e riconosciuti dalla legge come idonei, ora in tutti i casi, ora con talune restrizioni, ora in casi particolari soltanto, allo scopo della prova giudiziaria, vale a dire che possono essere usati dalle parti nel processo per convincere il magistrato della verità ed esattezza dei fatti sui quali fanno fondamento in modo rispettivo, per giustificare il diritto dell'una contro l'altra vantato e di cui invocano la protezione dall'ufficio giurisdizionale. (...) è da respingere, nell'odierno modo di considerare la funzione della giustizia civile, l'idea che il magistrato, rispetto alla prova sia assolutamente passivo e che tutto quanto concerne questa materia sia contenuto nell'orbita delle facoltà e dei diritti delle parti litiganti. (...) Va dunque eliminata fino dal principio la credenza che la prova giudiziaria non possa derivare se non dai mezzi legali di accertamento classificati e riconosciuti, come dianzi dicevo, dalla legge.”; LESSONA *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, 1922.

probatorio offerto dalle disposizioni codicistiche sia completo e che non si possano ammettere di atipiche anche al di fuori delle prescrizioni di legge<sup>423</sup>, malgrado le critiche non infrequenti della dottrina<sup>424</sup>.

Esiste inoltre un orientamento intermedio che attribuisce alle prove atipiche valore indiziario, che è oggettivamente atipico, ricercando la loro ammissibilità negli artt. 2727 e 2729 c.c. che disciplinano le presunzioni semplici. Secondo Taruffo infatti, "la regolamentazione analitica e spesso assai rigorosa di alcune prove, presente nel diritto positivo, non rileva nel senso di dimostrare l'inammissibilità delle prove atipiche, ma può costituire una ragione per ritenere che il legislatore, nell'ammetterle (o meglio, nel non escluderle espressamente), non abbia inteso equipararle alle prove vere e proprie, bensì sottoporle al regime che l'art.2729 c.c. prevede per la valutazione degli indizi"<sup>425</sup>, l'atipicità attiene più propriamente all'indizio, ossia al fatto probante, muovendo dal quale si perviene alla conoscenza del fatto da provare, secondo quanto previsto per le presunzioni semplici <sup>426</sup>. In base a tale orientamento dunque, le prove atipiche hanno un valore essenzialmente indiziario.

Montesano, invece attribuisce alle prove atipiche un valore analogo agli argomenti di prova, che non sono propriamente prove, ma "strumenti logico critici per valutare le prove tipiche"<sup>427</sup>.

Tra le c.d. Prove atipiche sono state ammesse:

- a) gli scritti provenienti da terzi<sup>428</sup>, ancorché non abbiano costituito oggetto di conferma mediante prova testimoniale;
- b) le prove assunte in altro giudizio<sup>429</sup>, anche penale<sup>430</sup>, incluse le perizie<sup>431</sup>;

---

<sup>423</sup> TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in Riv. Dir. Proc., 1973, 389 ss.; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1974, 270 ss.

<sup>424</sup> CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in Riv. dir. Proc., 1978, 679; MONTESANO *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile in Studi in memoria di Salvatore Satta*, Padova, 1982, 234.

<sup>425</sup> TARUFFO, *Prove atipiche*, cit., 397.

<sup>426</sup> ID, *Prove atipiche*, cit., 394.

<sup>427</sup> MONTESANO, *Le "prove atipiche" cit.*, 236.

<sup>428</sup> Cass. 9 maggio 1987, n. 4295.

<sup>429</sup> Cass. 14 giugno 1990, n. 5792

<sup>430</sup> Cass. 25 maggio 1987, n. 4684

<sup>431</sup> Cass. 20 gennaio 1995, n. 623

- c) le affermazioni di fatti contenute in altra sentenza<sup>432</sup>;
- d) i verbali di polizia giudiziaria<sup>433</sup>;
- e) i verbali redatti da funzionari di enti previdenziali o dell'ispettorato del lavoro<sup>434</sup>;
- f) gli atti e certificati provenienti dalla p.a. o da enti pubblici, anche se la p.a. e gli enti, da cui gli atti stessi provengono, siano parti in causa<sup>435</sup>;
- g) le perizie stragiudiziali, anche se contestate dalla controparte<sup>436</sup>;
- h) le notizie assunte dal consulente presso terzi, anche quando tale attività non sia stata autorizzata<sup>437</sup>, nonché gli elementi di prova comunque acquisiti dal consulente tecnico, pure quando abbia sconfinato dall'incarico affidatogli<sup>438</sup>.

Si è avuto dunque un imponente introduzione nel processo di elementi in forma documentale che sarebbero potuti essere acquisiti anche mediante prove costituenti ( ad es. dichiarazioni scritte di terzi intorno ai fatti di causa, verbali di prove orali assunte altrove, riproduzioni fotografiche d'immobili che potrebbero essere oggetto d'ispezione), ma per un fattore di "convenienza" (in termini di tempo, di denaro, d'impegno personale del giudice, delle parti e dei terzi) è stato preferito produrre in giudizio le dichiarazioni "prefabbricate" del terzo potenziale testimone<sup>439</sup> o la fotografia dei luoghi controversi, invece che portare in udienza il teste o costringere il giudice ad un'ispezione; provocando però un irrimediabile contrasto con il principio dell'immediatezza, che presuppone il contatto diretto del giudice con la prova, rappresentando una sorta di imbarbarimento del processo.

Naturalmente per queste prove il vaglio critico (prudente apprezzamento) del giudice deve essere particolarmente attento ed incisivo per non debordare nell'arbitrio giudiziario; dato che, avvenendo la formazione della prova atipica

---

<sup>432</sup> Cass. 6 giugno 1987, n. 4949

<sup>433</sup> Cass. 11 gennaio 1989, n. 57

<sup>434</sup> Cass. 1 aprile 1995 n. 3853

<sup>435</sup> Cass. 22 settembre 1986, n. 5699

<sup>436</sup> Cass. 3 marzo 1992, n. 2574

<sup>437</sup> Cass. 16 dicembre 1980, n. 6514

<sup>438</sup> Cass. 13 giugno 1980, n. 3780

<sup>439</sup> Con la l. 69/2009 si è avuta la tipizzazione di una prova tradizionalmente atipica come la testimonianza scritta (artt. 257 bis cod. proc. civ. e 103 bis disp. att.) dando ulteriore manforte all'ammissibilità delle prove atipiche, entro limiti ragionevoli, purché risultino lecite (e, così, in linea con la riserva di legge ex art. 111, comma 1, Cost., Cass. 5 marzo 2010, n. 5440).



fuori dal giudizio, il contraddittorio può essere attuato solo al momento dell'acquisizione.

Il pericolo più grave di tale prassi, è costituito da una potenziale minaccia per il contraddittorio delle parti sui rilievi probatori atipici officiosi; come per i mezzi di prova officiosi tipici, le parti possono presentare le loro controdeduzioni istruttorie entro il termine fissato dal giudice come previsto ex art. 183 comma 8° c.p.c., ma nel caso dell'atipicità, il materiale formato fuori dal giudizio e caoticamente acquisito potrebbe forse favorire in qualche modo un comportamento maggiormente autonomo e incontrollato del giudicante, nel caso selezionasse a suo piacimento gli elementi probatori raccolti, ponendoli successivamente a fondamento della decisione, senza l'adeguato controllo delle parti, favorendo in tal modo il deprecabile fenomeno delle pronunce di “terza via” (la controversia viene risolta in base a profili non sottoposti in precedenza alla discussione dialettica delle parti). Attualmente però, in presenza dell'art. 101 comma 2° c.p.c., un fenomeno del genere non dovrebbe verificarsi, data la pena di nullità della pronuncia, nel caso in cui il giudice non sottoponga al contraddittorio delle parti una questione rilevata d'ufficio posta a fondamento della decisione.

*16. Il contraddittorio delle parti verso le nuove prove ammesse d'ufficio nel processo di appello ex art. 345 c.p.c..*

Nel processo di appello è concessa la proposizione di eccezioni rilevabili d'ufficio, il giudice in tali casi dovrà concedere alle parti la possibilità di controdeduzioni in relazione ai rilievi officiosi<sup>440</sup>.

Inoltre sono ammissibili nuovi mezzi di prova e nuovi documenti solo nel caso in cui la parte dimostri che non ha potuto proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile.

Diventa dunque motivo di appello della decisione di primo grado, il venir meno del giudice di primo grado, del dovere di richiedere alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari, e indicare le questioni rilevabili d'ufficio come previsto ex art. 183, comma 4° c.p.c., e attualmente, dopo la riforma del 2009, ex

---

<sup>440</sup> Per maggiori dettagli sull'eccezione rilevabile d'ufficio in appello vedasi il par. 10, cap. 1, parte 2.

art. 101 comma 2° c.p.c., che ha sanzionato con la nullità, la decisione fondata su una questione officiosa non sottoposta al previo contraddittorio delle parti.

Il motivo di nullità della decisione di primo grado, ex art. 101 comma 2° c.p.c., si converte dunque in motivo di appello, visto che le parti non hanno potuto in primo grado proporre i nuovi mezzi di prova e documenti (in relazione a quelli disposti d' ufficio), per causa loro non imputabile come previsto espressamente ex art. 345 comma 3° c.p.c..

L'errore compiuto dal giudice di primo grado, impedendo la tempestiva allegazione delle parti conseguente alla questione rilevata officiosamente, rende necessaria una riapertura dei termini a favore delle parti, affinché possano porre in essere le allegazioni conseguenti al rilievo officioso che non hanno potuto produrre precedentemente; quindi si ha una sorta di recupero in appello della fase del contraddittorio che il giudice di primo grado erroneamente, venendo meno al suo dovere, non ha concesso ai contendenti.

L'art 345 c.p.c. è stato oggetto della riforma del 2012 con la l. 134/2012; prima di tale riforma il collegio poteva ammettere nuovi mezzi di prova, qualora li ritenesse indispensabili<sup>441</sup> ai fini della decisione. Perciò il giudice poteva ammettere officiosamente nuovi mezzi di prova qualora li ritenesse indispensabili, e in tal caso in caso, era tenuto a concedere alle parti la facoltà di controdedurre mezzi di prova contrari, in relazione a quelli officiosi ritenuti da lui indispensabili.

#### *17. Il contraddittorio delle parti rispetto all'iniziativa del giudice nella fase istruttoria a cognizione piena dei processi di separazione e divorzio.*

I processi di separazione e divorzio si compongono di due fasi; una a cognizione sommaria ed una a cognizione piena che segue le disposizioni previste per il processo a cognizione piena. Dopo la fase presidenziale, il procedimento prosegue presso il giudice istruttore, nel passaggio da una fase all' altra le parti hanno l' onere di completare e integrare nel rispetto dei termini all' uopo fissati dal Presidente, i rispettivi atti difensivi. Come regola generale deve ritenersi presclusa

---

<sup>441</sup> Per il concetto di indispensabilità della prova, vedasi quanto detto per il rito del lavoro nel par. 15, cap. 3, parte 2.

ad entrambe le parti, la possibilità di avanzare domande ed eccezioni “nuove”; le richieste e le difese sollevate tardivamente sono dichiarate inammissibili d’ ufficio. Perciò al momento in cui le parti si presentano davanti al giudice istruttore si è cristallizzato il *thema decidendum* della causa; la posizione dei figli non comporta problemi dato che non operano sostanziali preclusioni, dato che è sempre possibile modificare le relative richieste e fornire nuovi elementi di prova, visto che una peculiarità dei processi di separazione e divorzio è l’aver per oggetto un rapporto di durata che perciò è in costante evoluzione e cambiamento. Per tutta la durata del procedimento, difatti, possono venire alla luce nuove circostanze rilevanti per la decisione, ad esempio relative a situazioni patrimoniali e reddituali delle parti o sui rapporti tra genitori e figli; tali fatti nuovi sono sempre deducibili in giudizio, e in tale ambito sono riconosciuti al giudice ampi poteri istruttori. Si ha un’ applicazione completa dell’ art. 183 c.p.c., operando i meccanismi procedurali per l’ ammissione dei mezzi istruttori officiosi, e la disposizione dell’ interrogatorio libero delle parti. Il giudice, quindi, anche d’ ufficio, dovrà convocare le parti per interrogarle liberamente sui fatti di causa e potrà richiedere loro i chiarimenti necessari sui fatti di causa e indicare le questioni rilevabili d’ ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione (ad es. la competenza territoriale). Si tratta di aspetti che, rientrano nell’ordinario processo di cognizione, in parte però presentano una disciplina speciale, in ragione della peculiarità della materia e del rilievo degli interessi coinvolti. Difatti la disciplina istruttoria della separazione e del divorzio presenta caratteri di specialità anche in relazione alla diversità del contenuto dei provvedimenti da adottare; come anticipato il giudice istruttore in questi procedimenti esercita un ampio potere istruttorio. Difatti la disciplina dell’ art. 155 sexies c.c. (“...il giudice può assumere, ad istanza di parte o d’ufficio, mezzi di prova; il giudice dispone, inoltre, l’audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento...”) appare molto ampia e non vi è dubbio che la portata della norma debba essere circostanziata e che la stessa debba ad esempio ad operare per i provvedimenti che

riguardano unicamente i coniugi, per i quali un impulso inquisitorio non può apparire in alcun modo giustificato<sup>442 443</sup>.

Diversa è invece la soluzione da adottare per i provvedimenti relativi alla prole, siano essi di natura personale ovvero anche patrimoniale, poiché in questi casi l'impulso ex officio è pienamente legittimato dall'art. 155 sexies c.c. e trova conforto nell'orientamento ormai consolidato della Cassazione<sup>444</sup>. Inoltre, per tutto quanto attiene la sfera che riguarda i minori il potere di iniziativa officiosa è in realtà ancor più ampio, potendo derogare anche ai principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato<sup>445</sup>.

Peraltro, occorre tenere presente che in concreto vi sono dati ed elementi probatori che possono interessare una pluralità di soggetti o addirittura la famiglia in generale e così contemporaneamente tanto le parti quanto i figli minori. Ciò accade ad esempio in particolare per i profili economici, i dati reddituali dei coniugi, il loro patrimonio, il tenore di vita goduto dalla famiglia. Ciò significa che ben può accadere che il giudice venga ad assumere anche mezzi istruttori d'ufficio per meglio provvedere relativamente alle esigenze dei figli e quindi trovarsi a utilizzare, in forza del principio di acquisizione, tali risultanze (legittimamente emerse nel corso del procedimento) anche come ulteriore strumento di valutazione per i provvedimenti riguardanti il coniuge.

---

<sup>442</sup> CARNEVALE, La fase a cognizione piena, in AA.VV., I processi di separazione e divorzio, II ed., Torino, 2011, 103.

<sup>443</sup> In questo senso, ad esempio, in relazione alla domanda di addebito non può certamente essere disposta l'assunzione di alcun provvedimento istruttorio d'ufficio; ma analoga soluzione deve valere anche per i provvedimenti relativi al solo coniuge.

<sup>444</sup> Cass., Sez. I, 10 ottobre 2007, n. 21293, "Nel giudizio di separazione personale dei coniugi, non è configurabile un generale potere-dovere del giudice di disporre d'ufficio mezzi istruttori, essendo al giudice consentito di derogare alle regole generali sull'onere della prova solo nei casi in cui tale deroga sia giustificata da finalità di ordine pubblicistico, che ricorrono nell'ipotesi di provvedimenti relativi all'affidamento dei figli ed al contributo al loro mantenimento ai sensi dell'art. 155, comma 7°, c.c., ma non anche nell'ipotesi in cui si intenda dare dimostrazione della esistenza di comportamenti di uno dei coniugi contrari ai doveri derivanti dal matrimonio"; Cass., Sez. I, 3 agosto 2007, n. 17043, secondo la quale: «nei giudizi di separazione e divorzio i provvedimenti relativi al mantenimento dei figli, in quanto volti alla tutela di interessi sì privati, ma rilevanti per l'ordine pubblico, è consentito al giudice di merito – in deroga ai principi generali – non solo acquisire d'ufficio le prove ritenute necessarie, ma anche adottare d'ufficio i provvedimenti relativi». In senso conforme v. anche Cass., Sez. I, 13 gennaio 2004, n. 270; Cass., Sez. I, 22 giugno 1999, n. 6312.

<sup>445</sup> DANOVI, *Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazione*, in Riv. dir. Proc., 1998, 729.

Su tutti i mezzi istruttori disposti ex officio il giudice è sempre tenuto a sollecitare il contraddittorio, informando le parti delle proprie iniziative, consentendo ad esse di interloquire sul punto, dato che l'ufficiosità va bilanciata con il rispetto, particolarmente rigoroso, del principio del contraddittorio. La piena tutela dei diritti delle parti esige quindi che sia consentito loro di predisporre le difese, controdeducendo mezzi di prova contraria, ritenuti necessari nei confronti dell'iniziativa istruttoria del giudice,

I poteri istruttori officiosi possono essere esercitati in qualsiasi momento del processo, al di là dell'indicazione strettamente letterale della disposizione dell'art. 183 comma 7°-8° c.p.c., a fronte dei quali la norma garantisce l'attuazione del diritto di difesa, e specificamente alla prova, delle parti<sup>446</sup>, perciò il giudice non è vincolato dalla decorrenza delle preclusioni istruttorie, operante per le sole parti (fermo che queste dovranno essere poi rimesse in termini per la formulazione della prova contraria)

Tale soluzione si impone a maggior ragione nel processo di separazione e di divorzio, sia per il dovere del giudice di intervenire prontamente a tutela dei figli minori, ogni qual volta se ne ravvisi l'opportunità, sia per la particolare modulazione del giudizio, all'interno del quale è doveroso tenere in considerazione dell'evoluzione della situazione personale e patrimoniale delle parti e di tutte le possibili sopravvenienze in proposito.

***18. Segue. ...E nella fase istruttoria a cognizione piena del rito possessorio.***

Quanto stabilito per il processo ordinario a cognizione piena trova applicazione anche per la fase istruttoria a cognizione piena del rito possessorio. Quest'ultimo ha la peculiarità di avere una struttura bifasica, ossia risulta costituito da una fase sommaria ed una di merito, entrambe introdotte con un unico ricorso; la prima fase ha una natura sommaria, limitata all'emanazione dei provvedimenti immediati, la seconda invece è a cognizione piena, avente ad oggetto il merito della

---

<sup>446</sup> È chiaro infatti che la necessità di un'ammissione officiosa di prove, può sorgere, per il giudice istruttore, in qualunque momento del processo e talora (come per la prova testimoniale di riferimento) soltanto dopo l'assunzione delle prove proposte dalle parti. Detta soluzione vale del resto anche in termini generali, in relazione allo stesso estrinsecarsi del processo di cognizione ordinario.

pretesa possessoria, e da concludersi con sentenza soggetta alle impugnazioni ordinarie

A seguito della nuova formulazione dell'art. 703 c.p.c., il procedimento possessorio è strutturato in modo unitario ed è retto dal ricorso introduttivo iniziale, con la conseguenza che il giudizio di merito, ancorchè eventualizzato, costituisce una prosecuzione successiva alla fase sommaria e presuppone, a tal fine, il tempestivo deposito dell'istanza di fissazione (avente natura endoprocessuale), a cura di almeno una delle parti del giudizio (che si assume interessata), dell'apposita udienza ex art. 183 c.p.c.; ne consegue che, allo scopo della prosecuzione del giudizio per il merito, le parti, già ritualmente costituite nella fase a cognizione sommaria, non devono necessariamente conferire, con riferimento a tale istanza di prosecuzione, una nuova procura ai difensori già nominati, spiegando efficacia la procura già rilasciata con riguardo al ricorso introduttivo e alla comparsa di risposta della precedente fase, che deve intendersi riferita, quando non ponga esclusivamente richiamo alla sola fase interdittale (a cognizione sommaria), all'intero giudizio possessorio (come certamente deve interpretarsi il mandato rilasciato con riferimento al "presente processo" o alla "presente causa", congiuntamente al conferimento, in capo al difensore, del potere di intraprendere tutte le iniziative idonee a tutelare le ragioni della parte rappresentata, ivi compresa, quanto alla parte convenuta, quella di formulare domande riconvenzionali)<sup>447</sup>.

*CAPITOLO 3) IL CONTRADDITTORIO DELLE PARTI RISPETTO ALL' INIZIATIVA DEL GIUDICE NELLA FASE ISTRUTTORIA DEL PROCESSO DEL LAVORO (E CONTROVERSIE REGOLATE SECONDO IL MODELLO DEL PROCESSO DEL LAVORO<sup>448</sup>).*

<sup>447</sup> Cass. Civ. 26 marzo 2012, n. 4845.

<sup>448</sup> Oltre alle controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatorie ex art. 442 c.p.c. e le controversie in materia di locazione, comodato e affitto ex art. 447 bis c.p.c., in quanto applicabili; il rito del lavoro è stato utilizzato come modello per ulteriori controversie per effetto del dlgs 150/2011, introducendo in ogni singola tipologia di controversia una serie di manipolazioni, al fine di adattarlo al nuovo ambito di funzionamento ed espungendo le norme incompatibili. Le controversie in questione sono: Opposizione a ordinanza ingiunzione, Opposizione al verbale di violazione Codice della Strada, Opposizione a sanzione amministrativa in materia di stupefacenti, Opposizione ai provvedimenti di recupero di aiuti di Stato, Tutela dei dati personali, Controversie agrarie, Impugnazione dei provvedimenti in materia di registro dei protesti, Opposizione ai provvedimenti in materia di riabilitazione del

**Sommario:** **1.** Il dovere di collaborazione del giudice: l' indicazione alle parti delle questioni di giurisdizione, di competenza e di rito, rilevabili d' ufficio e la loro trattazione; **2.** Segue. Il contraddittorio delle parti rispetto alla rilevazione officiosa di una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito nella disciplina ex art. 420 comma 4° c.p.c.; **3.** Segue. Il contraddittorio delle parti rispetto al rilievo officioso di una questione pregiudiziale sull' efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi ex art. 420 bis c.p.c.; **4.** L' indicazione delle questioni rilevabili d' ufficio e il contraddittorio delle parti in sede di interrogatorio libero; **5.** I poteri istruttori officiosi ex art. 421 comma 2° c.p.c.: dovere o discrezionalità insindacabile nell' esercizio del potere; **6.** Segue. I limiti di applicabilità del potere officioso; **7.** Segue. Decadenze e preclusioni delle parti e poteri del giudice; **8.** Segue. La tipicità della prova nel potere istruttorio officioso; **9.** Segue. Il superamento dei limiti stabiliti dal codice civile; **10.** L' ammissione di prove officiose ex art. 420 comma 5° c.p.c.; **11.** Il contraddittorio delle parti verso le prove ammesse d' ufficio; **12.** La prova testimoniale ammissibile d' ufficio e il contraddittorio delle parti; **13.** Segue. Gli altri mezzi di prova ammissibili d' ufficio; **14.** L' “apertura” del giudizio di appello alle eventuali violazioni del giudice di primo grado del dovere di instaurazione del contraddittorio sulle questioni rilevabili d' ufficio poste a fondamento della decisione; **15.** I poteri istruttori officiosi in appello ex art. 437 comma 2° c.p.c. e il contraddittorio delle parti verso le nuove prove ammesse d' ufficio.

**1.** Il dovere di collaborazione del giudice: l' indicazione alle parti delle questioni di giurisdizione, di competenza e di rito, rilevabili d' ufficio e la loro trattazione.

La legge 533/1973 non ha direttamente modificato la disciplina della giurisdizione ordinaria, sia nei confronti del convenuto, sia nei confronti della pubblica amministrazione, sia nei confronti dei giudici amministrativi<sup>449</sup>, perciò non esiste una disciplina specifica della giurisdizione per il processo del lavoro, in quanto è necessario applicare i criteri ordinari della giurisdizione del giudice italiano e l' immunità dei soggetti sovrani di diritto internazionale ( quindi nei rapporti di

---

debitore protestato.

<sup>449</sup> PEZZANO, in ANDRIOLI, BARONE, PEZZANO, PROTO PISANI, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1987, 263.

lavoro dove il datore di lavoro è un soggetto internazionale, non sarà possibile ottenere tutela giurisdizionale presso il giudice italiano)<sup>450</sup>. Inoltre è valido anche per il rito del lavoro il regolamento comunitario 44/2001 che consente una deroga convenzionale della giurisdizione relativamente alle controversie di lavoro; dato che la giurisdizione presuppone la competenza, ma non viceversa: se la giurisdizione viene attribuita al giudice italiano le regole di competenza sono inderogabili, mentre invece se la giurisdizione non spetta al giudice italiano, l'inderogabilità della competenza non entra in gioco<sup>451</sup>.

Anche in materia di controversie di lavoro si applica la c.d. immunità della giurisdizione italiana dei soggetti sovrani di diritto internazionale relativamente ai rapporti volti alla realizzazione dei fini istituzionali e funzioni pubblicistiche di tali enti, sottraendosi quindi alla giurisdizione italiana per tali finalità; mentre è sussistente per attività di natura privatistica e/o meramente esecutiva<sup>452</sup>. L'esenzione dello Stato straniero dalla giurisdizione italiana, viene meno anche nel caso di controversie promosse dai dipendenti con compiti strettamente inerenti alle funzioni istituzionali di tali enti, qualora la decisione richiesta al giudice italiano, sia relativa solo ad aspetti patrimoniali e perciò inidonea ad incidere su tali funzioni<sup>453</sup>.

L'eccezione processuale per il difetto di giurisdizione è rilevabile dal convenuto, ex art. 416 comma 2° c.p.c., a pena di decadenza nella memoria difensiva, mentre è rilevabile d'ufficio in qualunque stato e grado del processo ex art. 37 c.p.c..

Il giudice nel rilevare il difetto di giurisdizione dovrà adempiere al dovere impostogli ex art. 183 comma 4° c.p.c., indicando alle parti tale questione rilevata d'ufficio, in modo tale che possa compiersi il contraddittorio per l'accertamento di tale questione, secondo le regole ordinarie<sup>454</sup>.

Per quanto riguarda la competenza per materia, ex art. 413 c.p.c., spetta al tribunale monocratico in funzione di giudice del lavoro, mentre in appello è

---

<sup>450</sup> LUIISO, *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, Milano, 2009, 21.

<sup>451</sup> ID., *Diritto processuale civile, IV, loc. cit.*

<sup>452</sup> ID., *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 65; Cass., civ., 20 novembre, 1976, n.4360.

<sup>453</sup> BERNINI, in CECHELLA (a cura di) *Processo civile*, Milano, 2011, 110; Cass. Civ., 12 novembre 2003, n. 17087.

<sup>454</sup> Per approfondimenti sull'art. 183 comma 4° c.p.c., vedasi il capitolo precedente relativo al contraddittorio delle parti rispetto all'iniziativa del giudice nella fase processuale istruttoria del processo ordinario di cognizione.



competente la Corte d' appello<sup>455</sup>. Per quanto riguarda la competenza per territorio sono, ex art. 413 c.p.c., tre i fori alternativi: il giudice nella cui circoscrizione è sorto il rapporto di lavoro, ovvero si trova l' azienda o la sua dipendenza presso cui è o era addetto il lavoratore; il foro determinato in base al luogo in cui si trova l' azienda o una dipendenza di essa, e permane anche dopo il trasferimento o la cessazione dell' una o dell' altra, purchè la domanda sia proposta entro 6 mesi dal trasferimento o dalla cessazione; nelle controversie previste dall' art. 409 n.3) c.p.c. (rapporti di agenzia e di rappresentanza commerciale ecc.) ove la competenza è attribuita dopo la legge 128/1992 al giudice nella cui circoscrizione si trova il domicilio dell' agente o del rappresentante di commercio, ovvero del titolare degli altri rapporti di collaborazione indicati nell' art. 409 n. 3) c.p.c.. A questi tre fori alternativi va aggiunto come foro sussidiario quello delle persone fisiche previsto nell' art. 18 c.p.c..

Ex art 413 ultimo comma c.p.c., sono nulle le clausole derogatorie della competenza per territorio.

In base all' art. 428 c.p.c. l' incompetenza può essere eccepita dal convenuto solo nella memoria difensiva dell' art. 416 c.p.c., e può essere rilevata officiosamente non oltre l' udienza disciplinata dall' art. 420 c.p.c.. Inoltre, essendo la competenza per valore e per territorio, disciplinate dall' art 38 c.p.c, secondo la giurisprudenza prevalente la competenza che l' art. 428 c.p.c. disciplina è solo la competenza per territorio<sup>456</sup>. Poichè l' udienza stabilita dall' art. 420 c.p.c. potrebbe essere anche l' ultima del processo, diversi autori si sono chiesti se il giudice possa rilevare officiosamente la propria incompetenza in tutto l' arco dello svolgimento dell' udienza stessa, quindi pure con la sentenza, nel caso in cui venga pronunciata in prima udienza<sup>457</sup>. Inoltre se il processo si articola in più udienze (come nella pratica comunemente avviene), l' incompetenza non è rilevabile officiosamente nelle udienze successive alla prima, tantomeno per la prima volta in appello<sup>458</sup>.

---

<sup>455</sup> Prima della riforma relativa al D.lgs. 51/1998, la competenza per materia era attribuita al pretore in primo grado e del tribunale in appello.

<sup>456</sup> Cass. Civ. 25 gennaio 1990, n. 441; Cass. Civ. 4 ottobre 1988, n. 5352; Cass. Civ. 10 giugno 1988, n. 3947, in Giust. Civ., 1988, I, 1412; Cass. Civ. 6 maggio 1988, n. 3352; Cass. Civ. 12 gennaio 1998, n. 180.

<sup>457</sup> LUISO, *Il processo del lavoro*, cit., 80.

Nel caso in cui vengano svolte tutte le attività nell' udienza dell'art. 420 c.p.c., la dottrina prevede che il rilievo officioso della questione non possa aver luogo oltre il provvedimento di ammissione delle prove<sup>459</sup>.

Lo sfasamento cronologico tra il potere del convenuto di eccepire l' incompetenza del giudice adito e il potere di quest' ultimo di rilevare officiosamente la propria incompetenza, comporta che il convenuto possa eccepire tempestivamente l' incompetenza, senza però far sorgere nei confronti del giudice il dovere di decidere su tale questione<sup>460</sup>. Diversamente l' inerzia del convenuto nell' eccepire l' incompetenza del giudice adito, non preclude al giudice la facoltà di eccepire officiosamente la propria incompetenza entro i termini stabiliti<sup>461</sup>.

Con il rilievo officioso il giudice dovrà sollecitare il contraddittorio delle parti secondo quanto previsto dall' art. 183 comma 4° c.p.c. e dunque il giudice dovrà compiere un accertamento<sup>462</sup> relativamente al luogo dove sia sorto il rapporto di lavoro, o se effettivamente il lavoratore era o meno addetto ad una dipendenza sita nella circoscrizione territoriale del giudice adito ecc.; la sussistenza di questi fatti deve essere accertata in concreto<sup>463</sup> in contraddittorio con le parti. Nel caso in cui dopo l' attività istruttoria non si riesca a provare la sussistenza di un criterio di competenza idoneo a fondare la competenza del giudice adito; questo dovrà dichiararsi incompetente<sup>464</sup>.

In base all' ultimo comma dell' art. 38 c.p.c. l' istruttoria relativa all' accertamento sulla sussistenza dei fatti storici fondanti la competenza del giudice adito, si svolge diversamente dalle forme ordinarie, poiché deve basarsi su ciò che risulta dagli atti, assunte soltanto sommarie informazioni.

Il termine “eccezione di incompetenza” è però usato impropriamente, difatti chi propone l' eccezione non ha l' onere di dimostrare i fatti che ne stanno a fondamento, tanto è vero che si tratta in realtà una mera difesa con cui viene

---

<sup>458</sup> ID., loc. cit.; Cass. Civ. 23 febbraio 1990, nn. 1359 e 1360; Cass. Civ. 16 febbraio 1989, n. 937, in *Foro it.* 1989, I, 2230.

<sup>459</sup> Per tutti: LUIO, *Il processo del lavoro*, cit., 80; PROTO PISANI, in ANDRIOLI, BARONE, PEZZANO, PROTO PISANI, cit. 335; Cass. Civ. 13 giugno 1991, n. 6659; Cass. Civ. 9 marzo 1985, n. 1920; Cass. Civ. 24 ottobre 1985, n. 5225.

<sup>460</sup> LUIO, *Il processo del lavoro*, cit., 81.

<sup>461</sup> ID., *Il processo del lavoro*, loc. cit..

<sup>462</sup> Tale accertamento deve essere svolto anche nel caso in cui l' eccezione di incompetenza venga rilevata dal convenuto.

<sup>463</sup> LUIO, *Il processo del lavoro*, cit. 82.

<sup>464</sup> ID., *Il processo del lavoro*, loc.cit..

negata la competenza del giudice adito, espressamente o implicitamente affermata dall' attore<sup>465</sup>.

Conclusosi l' accertamento, il giudice decide sulla questione di competenza e le parti avranno la possibilità di contestare il provvedimento del giudice, mediante l' impugnazione con regolamento di competenza, sia nella forma necessaria, sia facoltativa, ex artt. 42 e 43 c.p.c., secondo quanto previsto dalle regole ordinarie, in base ai termini indicati nell' art. 47 c.p.c..

Nel caso in cui il giudice rilevi questioni relative alla correttezza del rito<sup>466</sup>, ovvero ritenga che manchino i requisiti stabiliti dall' art. 409 c.p.c., dovrà compiere in contraddittorio con le parti, un accertamento per verificare se il diritto di cui l' attore chiede la tutela nella domanda abbia le caratteristiche prescritte dall' art. 409 c.p.c., e in caso negativo dovrà procedere al mutamento del rito, ex art. 427 c.p.c. , dal rito speciale al rito ordinario; viceversa il giudice del rito ordinario qualora rilevi che la causa promossa con le forme ordinarie riguardi uno dei rapporti contemplati dall' art. 409 c.p.c., dovrà disporre il mutamento del rito, da ordinario a speciale. La rimessione della causa al giudice competente viene disposta con ordinanza; con la riforma del 2009 pure i provvedimenti che decidono sulla competenza hanno la forma dell' ordinanza<sup>467</sup> (qualora abbiano lo stesso regime giuridico della sentenza), per cui, come già del resto ritenuto da anni dalla giurisprudenza precedentemente alla riforma del 2009, l' ordinanza di rimessione della causa al giudice competente ha lo stesso regime ed effetti di un' ordinanza sulla competenza<sup>468</sup>, ma non resolvendo una questione di competenza non è soggetta ad impugnazione<sup>469</sup>; la questione di rito potrà però essere riproposta in appello dalla parte che rispetto ad essa era rimasta soccombente<sup>470</sup>.

Il mutamento del rito, non può essere disposto dal giudice prima dell' instaurazione del contraddittorio, ciò anche perchè testualmente gli artt. 426 e 427 c.p.c. parlano di ordinanza, cioè di un provvedimento che deve essere disposto nel contraddittorio delle parti, inoltre come stabilito dall' art. 426 c.p.c.

---

<sup>465</sup> ID, *Il processo del lavoro*, cit. 83.

<sup>466</sup> Il rilievo dell' errore di rito può essere operato anche officiosamente.

<sup>467</sup> Precedentemente alla riforma del 2009 tali provvedimenti avevano la forma della sentenza.

<sup>468</sup> LUISO, *Diritto processuale civile IV*, cit., 38-39.

<sup>469</sup> ID., *Il processo del lavoro*, cit., 96.

<sup>470</sup> ID., *Il processo del lavoro*, loc. cit..

nel mutamento del rito da ordinario a speciale, viene concesso dal giudice l' assegnazione di un termine alle parti per l' integrazione degli atti introduttivi; principalmente per ragioni sistematiche dato che il giudice, adempiendo al dovere prescritto dall' art. 183 comma 4° c.p.c., non può esercitare il potere senza aver previamente sollecitato il contraddittorio delle parti su tale argomento<sup>471</sup>.

L' errore di rito non determina di per sé la nullità degli atti, tranne nel caso in cui abbia inciso sulla competenza, sulle prove o sui poteri delle parti; per cui la correttezza del rito non è condizione di validità degli atti del processo, dato che una volta mutato il rito non è necessario compiere nuovamente gli atti svolti (caso per caso è necessario valutare quali atti sono utilizzabili poiché ugualmente disciplinati nei due riti e quali invece vadano ripetuti nel rito corretto), quindi la correttezza del rito non costituisce un presupposto processuale<sup>472</sup>.

Inoltre, in base ad un principio implicitamente ricavabile da una serie di disposizioni (es. artt. 102, 164, 182, 291 c.p.c.), e in base a quanto esplicitamente stabilito dall' art. 421 comma 1° c.p.c., viene imposto al giudice di non pronunciare immediatamente il provvedimento che chiude in rito il processo, nel caso in cui riscontri vizi e irregolarità negli atti delle parti che siano suscettibili di essere sanati<sup>473</sup>, ma di provvedere qualora sia possibile alla sanatoria del vizio, dando alle parti le disposizioni necessarie e assegnando loro un termine per il compimento dell' attività necessaria<sup>474</sup>. Perciò attraverso la rilevazione officiosa, le nullità che sono suscettibili di essere sanate, potranno essere sanate dalle parti evitando dunque una pronuncia in rito del processo.

I poteri del giudice devono essere sempre spesi, previa sollecitazione del contraddittorio delle parti, secondo quanto previsto dall' art. 183 comma 4° c.p.c., escludendo perciò l' esercizio di qualsiasi potere officioso senza il coinvolgimento dei contendenti<sup>475</sup>. E' incerto se nella rilevazione di vizi processuali sanabili, il giudice possa disporre la sanatoria *inaudita altera parte*; secondo la dottrina il fenomeno deve ritenersi ristretto, data la fondamentale regola dell' instaurazione del contraddittorio delle parti sui rilievi officiosi del giudice, ma in alcuni casi il

---

<sup>471</sup> ID., *Il processo del lavoro, cit.*, 92.

<sup>472</sup> ID., *Il processo del lavoro, loc. cit.*

<sup>473</sup> Per la distinzione tra vizi sanabili e non sanabili: FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, 109 e ss..

<sup>474</sup> LUISO, *Il processo del lavoro, cit.*, 184-186.

<sup>475</sup> LUISO, *Il processo del lavoro, cit.*, 118.

giudice può provvedere alla sollecitazione del contraddittorio anche al momento del decreto di fissazione dell' udienza, nei casi esemplificativi dell' incapacità dell' attore e nella necessità di integrazione del contraddittorio ex art. 102 c.p.c.<sup>476</sup>. Nel caso di incapacità dell' attore non esiste un problema di contraddittorio, visto che manca il soggetto abilitato a compiere gli atti processuali, nel caso di necessità di integrazione del contraddittorio ex art. 102 c.p.c., sarà necessario discutere nuovamente della questione anche nei confronti del terzo litisconsorte, perciò l' attuazione del contraddittorio può essere rimandata al momento in cui il terzo sarà presente<sup>477</sup>.

*2. Segue. Il contraddittorio delle parti rispetto alla rilevazione officiosa di una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito<sup>478</sup> nella disciplina ex art. 420 comma 4° c.p.c..*

In base all' art. 420 comma 4° c.p.c., nel caso in cui sorgano questioni attinenti alla giurisdizione, alla competenza o altre pregiudiziali, in modo tale che tali questioni possano definire il giudizio, il giudice invita le parti alla discussione<sup>479</sup>.

Il giudice avendo il potere-dovere di controllare la sussistenza delle condizioni affinché possa essere deciso il merito della causa, nel caso in cui ravvisi un vizio che a suo avviso è quantomeno probabilmente impediente alla decisione del merito, si avrà nel processo il sorgere di una questione di rito rilevata officiosamente, che il giudice indicherà alle parti adempiendo alla disciplina dell' art. 183 comma 4° c.p.c., in modo tale da sollecitare il contraddittorio dei contendenti su tale rilievo officioso<sup>480</sup>. Perciò se le questioni di rito sollevate dalle parti possono essere ritenute fondate o infondate, le questioni di rito rilevate officiosamente sono almeno a suo avviso, fondate, altrimenti non le avrebbe rilevate<sup>481</sup>.

---

<sup>476</sup> ID., *Il processo del lavoro*, loc. cit..

<sup>477</sup> ID., *Il processo del lavoro*, cit., 119.

<sup>478</sup> Per approfondimenti sulle questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito, si veda il par. 4, del cap. 1, della seconda parte, della presente indagine.

<sup>479</sup> Per ulteriori dettagli, vedasi quanto precisato riguardo al rito ordinario, nel par. 7, cap. 2, parte 2.

<sup>480</sup> LUIO, *Il processo del lavoro*, cit., 231.

<sup>481</sup> ID., *Il processo del lavoro*, loc. cit..

L' art. 420 comma 4° ha una disciplina analoga a quella prevista nel rito ordinario negli' artt. 187 comma 3° c.p.c. e 279 comma 2° n. 2) c.p.c., ove vengono menzionate le questioni pregiudiziali, cioè le questioni pregiudiziali di rito attinenti alle condizioni per la decisioni del merito, non solamente riferite ristrettivamente alla giurisdizione e competenza, ma pure a tutte le altre questioni pregiudiziali<sup>482</sup> che rappresentano presupposti necessari per la decisione del merito della causa<sup>483</sup>.

Il giudice, come nel rito ordinario, nel caso in cui sorga una questione pregiudiziale, ha il potere di deciderla immediatamente, prima di istruire il merito della causa, oppure può accantonarla e deciderla insieme al merito, avendo l' art. 420 comma 4° c.p.c. la stessa portata dell' art. 187 comma 3° c.p.c.<sup>484</sup>. La facoltà del giudice di decidere immediatamente la questione sorta nel processo è dettata da esigenze di economia processuale volte ad evitare il compimento di attività inutili, dato che se la questione è fondata, si renderebbe impossibile la decisione sul merito; dal lato opposto decidere immediatamente la questione, nel caso risulti poi infondata, comporterebbe l' inconveniente che la decisione non sarà definitiva ed il processo dovrà tornare alla fase istruttoria affinché si possa procedere alla decisione del merito. La strada da intraprendere è lasciata al giudice in base al caso concreto, alla sua delibazione riguardo la questione rilevata officiosamente o sollevata dalle parti, se la riterrà verosimilmente fondata deciderà immediatamente la questione, al contrario se la riterrà verosimilmente infondata eviterà di deciderla immediatamente e la deciderà in seguito insieme al merito<sup>485</sup>. A mio parere è il caso di evidenziare che se la questione di rito è rilevata officiosamente, è altamente probabile che il giudice proceda immediatamente alla decisione, dato che è presumibile che ritenga la questione fondata, altrimenti non l' avrebbe rilevata.

Differentemente al rito ordinario, nel rito del lavoro non si ha l' applicazione della disciplina dell'art. 189 c.p.c.; cioè nel rito del lavoro la rimessione in decisione non

---

<sup>482</sup> Di queste altre questioni pregiudiziali possono ad esempio essere rilevate anche officiosamente: l' eccezione di carenza di legittimazione processuale (Cass. Civ. , sez. III, 13 dicembre 2005, n.27450), l' eccezione di giudicato materiale (Cass. civ., Sez. Unite, 25 maggio 2001, n. 226) ecc..

<sup>483</sup> LUISO, *Il processo del lavoro*, cit., 232.

<sup>484</sup> ID., *Il processo del lavoro*, loc. cit.; FABBRINI, *Diritto processuale*, cit. 123.

<sup>485</sup> LUISO, *Il processo del lavoro*, cit., 233.

riguarda tutta la causa, cioè non investe il giudice del potere decidere la causa anche sotto profili diversi da quelli relativi alla questione di rito che ha provocato la rimessione in decisione; in base all' art. 420 comma 4° c.p.c., il giudice invita le parti a far discutere la causa solo relativamente alla questione determinata<sup>486</sup>, perciò oggetto della decisione è necessariamente la sola questione pregiudiziale<sup>487</sup>. Qualora ciò accadesse, rappresenterebbe una vera e propria violazione del contraddittorio, visto che la decisione prenderebbe in esame questioni diverse su cui il contraddittorio delle parti non è stato previamente sollevato<sup>488</sup>. Attualmente, la previsione dell' art. 101 comma 2° c.p.c., introdotto con la riforma del 2009 che prevede la nullità della decisione come sanzione nel caso in cui questa si fondi su un rilievo officioso non sottoposto al previo contraddittorio delle parti, rappresenterebbe a mio parere un rimedio a questa eventuale violazione del contraddittorio. Nel rito ordinario, il giudice, una volta rimessa la causa in decisione, qualora si accorgesse che la questione sia infondata, potrebbe emettere la sentenza definitiva, nel caso in cui la causa sia matura per una ragione diversa, fondando dunque la sentenza su una questione diversa da quella pregiudiziale. Però nel rito ordinario ex art. 189 comma 1° c.p.c., le parti hanno il dovere di precisare le loro conclusioni anche sul merito e quindi discutere del merito nelle loro comparse conclusionali, ("le conclusioni di merito debbono essere interamente formulate anche nei casi previsti dall' art. 187 secondo e terzo comma"), quindi il giudice in sede di decisione può ritenere che il merito sia stato già sufficientemente istruito, mentre nel rito del lavoro il giudice non può emettere una sentenza definitiva sul merito poiché la discussione è stata svolta unicamente sulla questione pregiudiziale, perciò dovrà rimettere le parti in trattazione in modo che possano discutere sul merito<sup>489</sup>.

Come anticipato il giudice qualora rilevi officiosamente questioni pregiudiziali, che ritiene come impedimenti alla decisione sul merito, e in base a ciò dovrà applicare la disciplina prevista dall' art. 420 comma 4° c.p.c., ha il dovere imposto dall' art. 183 comma 4° c.p.c. di indicare alle parti tali questioni istaurando il contraddittorio; con l' introduzione dell' art 101 comma 2° c.p.c. tale dovere è

---

<sup>486</sup> ID. *Il processo del lavoro*, cit. 234.

<sup>487</sup> ID., *Diritto processuale civile IV*, cit., 74.

<sup>488</sup> ID., *Il processo del lavoro*, cit., 234.

<sup>489</sup> ID., *Diritto processuale civile IV*, cit., 75.

rinforzato al punto tale che nel caso in cui il giudice fondi la propria decisione su una questione (la questione pregiudiziale in questo caso) rilevata d' ufficio, senza aver assegnato ai contendenti un termine compreso tra i venti e i quaranta giorni per replicare su tale questione, la decisione viene sanzionata con la nullità.

La medesima disciplina prevista per le questioni pregiudiziali di rito si applica anche per le questioni preliminari di merito che sono accomunate alle prime secondo le disposizioni degli artt. 187 e 279 c.p.c.<sup>490</sup>. Il fatto che nell' art. 420 comma 4° c.p.c. non si faccia esplicito riferimento alle questioni preliminari di merito ha provocato la negazione di parte della dottrina, che il giudice possa emettere decisioni non definitive di merito, ma bensì solo una semplice ordinanza di rimessione in istruttoria accantonando la questione preliminare; ciò si desume oltre al riferimento alle sole questioni pregiudiziali nell' art. 420 comma 4° c.p.c., anche nell' art. 429 comma 1° c.p.c. secondo cui il giudice emette sentenza con cui definisce il giudizio<sup>491</sup>. Perciò una volta svoltasi la fase decisoria sulla questione preliminare di merito, nel caso in cui il giudice la ritenga infondata, non deve deciderla con sentenza non definitiva, ma deve accantonarla, revocando la precedente ordinanza, rimettendo la causa in istruttoria e decidere la questione riprendendola in esame al momento della decisione definitiva della causa, quando appunto la causa tornerà in decisione dopo aver completato l' istruttoria; per cui nel rito del lavoro secondo questo orientamento dottrinale non esisterebbero sentenze non definitive di merito, ma solo di rito<sup>492</sup>.

Questa è la posizione espressa da parte della dottrina, mentre invece per la giurisprudenza non sussiste differenza tra rito ordinario e rito del lavoro per la disciplina delle sentenze non definitive, perciò pure le sentenze non definitive sarebbero ammissibili nel rito del lavoro<sup>493</sup>. Difatti le questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito non hanno un fondamento intrinsecamente diverso; il

---

<sup>490</sup> LUIISO, *Il processo del lavoro*, cit., 235.

<sup>491</sup> FABBRINI, *Diritto processuale*, cit., 179-181; DENTI-SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974, 116 e ss.; PEZZANO, in ANDRIOLI, BARONE; PEZZANO; PROTO PISANI, *Le controversie*, cit., 668 e ss.; in senso favorevole all' ammissibilità delle sentenze non definitive di merito: FAZZALARI, *Appunti sul rito del lavoro*, in *Giur. it.*, 1974, IV, 8; PROTO PISANI, *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, Torino, 1983, 129.

<sup>492</sup> LUIISO, *Diritto processuale civile IV*, cit., 75.

<sup>493</sup> ID., *Diritto processuale civile IV*, cit. 76.



principio a base del fondamento del *modus procedendi* è sempre quello dell' economia processuale, al fine di evitare attività che sarebbero inutili<sup>494</sup>.

*3. Segue. Il contraddittorio delle parti rispetto al rilievo officioso di una questione pregiudiziale sull' efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi ex art. 420 bis c.p.c..*

Il decreto legislativo 2 febbraio 2006 n. 40 ha introdotto l'art. 420bis c.p.c. nel codice di procedura civile; tale disposizione prevede che quando il giudice del lavoro ritenga necessario, ai fini della definizione del giudizio, risolvere una questione pregiudiziale sull'efficacia, sulla validità o sull'interpretazione di un accordo collettivo nazionale, egli è tenuto a decidere la questione subito con sentenza fissando una successiva udienza per la prosecuzione del giudizio, in data non anteriore a novanta giorni. La sentenza potrà essere impugnata esclusivamente con ricorso per cassazione entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'avviso di deposito.

Nell'art. 146bis disp. att. c.p.c., il legislatore opera un rinvio; mediante l'inciso "in quanto compatibile" all'art. 64, commi 4°, 6°, 7° e 8° delle norme generali sul lavoro alle dipendenze della p.a. contenute nel decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165. L' origine di tale ultima norma è da rinvenire nel d.lgs. 30 marzo 1998, n. 80, intitolato "Misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico di contenzioso", il quale per primo ha visto sorgere l'"accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi", inserendolo nel d.lgs. n. 29 del 1993 l'art. 68-bis.

A seguito dell'emanazione del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", sono state sistemate in un unico corpo normativo le disposizioni emanate fra il 1993 e il 2000, e la disposizione in esame è stata trasposta nell'art. 64; dunque sulla base del quadro normativo così delineato senz'altro si può

---

<sup>494</sup> ID., *Il processo del lavoro*, cit., 237.

ricavare un'analogia molto forte con quanto previsto nel settore del pubblico impiego.

In base alla previsione dell'art. 64, viene sollecitato l'esercizio da parte dei soggetti collettivi dei loro poteri negoziali, infatti, laddove il giudice individui una questione da risolvere in via pregiudiziale, la solleverà con ordinanza ed ordinerà alla cancelleria la trasmissione all'Aran degli atti di causa. A questo punto, infatti, l'Aran può convocare i sindacati firmatari, per addivenire ad una modifica consensuale della clausola o alla sua interpretazione autentica.<sup>495</sup>

L'eventuale accordo sull'interpretazione autentica o sulla modifica «sostituisce la clausola in questione sin dall'inizio della vigenza del contratto», ai sensi dell'art. 49 d.lgs. n. 165 del 2001. In mancanza di accordo, o di inutile decorso del termine di novanta giorni, la questione insorta viene decisa dal giudice con sentenza non definitiva, impugnabile soltanto con ricorso immediato per Cassazione, ricorso che determina la sospensione automatica del processo.

Diversamente, il nuovo procedimento per il settore privato ex art. 420 bis c.p.c. si presenta privo di tale incidente stragiudiziale, essendo la questione interpretativa trattata e risolta interamente all'interno del giudizio, senza spazio per alcuna fase esterna al processo.

Alle lamentele e perplessità circa la mancata partecipazione dei soggetti sindacali nel procedimento interpretativo nell'ambito delle controversie di lavoro privato, è stato replicato che la differenziazione trova la sua ratio in primo luogo nel fatto che nel lavoro privato, a differenza di quello pubblico, manca un interlocutore datoriale unico<sup>496</sup>.

Del resto, è stata rimarcata la possibile funzione suppletiva al riguardo della disposizione ex art. 421 c.p.c. in forza della quale, sulla base dei poteri istruttori del giudice, a questi è sempre ammesso richiedere informazioni scritte o orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti come sottoscrittrici del contratto e

---

<sup>495</sup> Se l'accordo viene raggiunto si verifica la sostituzione della clausola fin dall'inizio della vigenza del contratto e quindi con efficacia retroattiva

<sup>496</sup> TRISORIO-LIUZZI, *L' accertamento pregiudiziale dei contratti collettivi dal Dlgs 80/1998 al Dlgs 40/2006*, in *Judicium.it*, il quale peraltro sottolinea il "sostanziale fallimento di questa fase stragiudiziale - sindacale [i pochi casi di accordo sono intervenuti oltre il termine di novanta giorni, perché la procedura per giungere a siffatti accordi è identica a quella prevista per la stipula dei contratti collettivi di lavoro (art. 47 d.lgs. n. 165 del 2001); il tempo medio che intercorre tra la comunicazione dell'Aran e la sottoscrizione è di quasi due anni]"

accordo nazionale, ovvero della richiesta di informazioni e osservazioni alle associazioni sindacali ex art. 425 c.p.c..

A norma dell'art. 420 bis c.p.c la questione interpretativa deve essere risolta in via pregiudiziale. Come è noto il termine “pregiudiziale” viene utilizzato in senso molto ampio, con riferimento a fenomeni fra loro molto diversi. Come analizzato nel paragrafo precedente, il legislatore si riferisce a questioni pregiudiziali negli artt. 187, comma 3°, 279, comma 2°, n. 2, e 420, comma 4° c.p.c., per indicare questioni di natura processuale, che possono comportare una definizione in rito del processo, ma che comunque non potrebbero tuttavia formare oggetto di un autonomo giudizio.

Dato che nel nostro sistema le questioni che vanno decise “in via pregiudiziale” sono varie, tra loro divergenti e assoggettate a discipline differenti, secondo la dottrina la questione pregiudiziale dell' art. 420 bis c.p.c. rappresenta una fattispecie autonoma<sup>497</sup>, dato che presenta proprie peculiarità. Si tratta difatti di una questione del tutto particolare che non è mai idonea a definire il giudizio; ciò porta ad escludere che essa coincida esattamente con l'ambito delle questioni pregiudiziali di rito degli artt. 187 comma 3°, e 420 comma 4° c.p.c.. La caratteristica della questione dell' art. 420 bis che può considerarsi come un tratto comune, anche alle altre questioni pregiudiziali, è che essa deve essere risolta prima di decidere il merito della causa. Infatti, se si presentano questioni pregiudiziali (giurisdizione, competenza) e/o preliminari di merito (prescrizione, decadenza) idonee a definire il giudizio *ex art. 420 bis*, 4° comma, cod. proc. civ., il giudice prima di tutto deve decidere tali questioni, atteso che la decisione può rendere superfluo il meccanismo dell'art. 64. Ne deriva che il giudice, prima di

---

<sup>497</sup> COSTANTINO, *Sull'accertamento pregiudiziale dell'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi*, in *Corr. Giur.* 1998, 966, il quale, con riferimento al sistema introdotto per il pubblico impiego, ne sottolineava le caratteristiche deflative, finalizzate a conferire uniformità di interpretazione ed applicazione dei contratti collettivi, si da ridurne il contenzioso. Rilevava l'Autore come non si tratti di definizione pregiudiziale in senso tecnico – giuridico, come quelle di cui agli artt. 187, comma 2 e 3, 279, comma 2, nn. 2 e 3, né 420 n. 4 c.p.c., in quanto la sua soluzione non è in grado di definire il giudizio, né assimilabile alla questione di cui all'art. 34, che può dare luogo a cause pregiudiziali con conseguente sospensione. Riteneva peraltro trattarsi – al pari di quella comunitaria – di una pregiudizialità logica nell'ambito del medesimo rapporto giuridico, in quanto il meccanismo delineato riprodurrebbe *mutatis mutandis*, la rimessione alla Corte Europea di Giustizia prevista dall'art. 187 del Trattato di Roma nonché quella alla Corte Costituzionale, senza tuttavia godere del sistema pubblicitario adottato per queste ultime.

affrontare la questione pregiudiziale dell'art. 420 *bis* c.p.c., può pronunciare una sentenza non definitiva o definitiva su una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, argomento che evidentemente offre conforto alla tesi della atipicità della “pregiudiziale collettiva”.

Il contraddittorio delle parti verso la questione pregiudiziale, prevista dall' art. 420 bis, rilevata officiosamente dal giudice, a mio parere deve instaurarsi con le stesse modalità predette per il rilievo officioso delle pregiudiziali disciplinate ex art- 420 comma 4° c.p.c., ossia mediante l' applicazione dell' art. 183 comma 4° c.p.c.; il giudice indicherà alle parti la questione sollecitandone il contraddittorio. Inoltre (come analizzato nel paragrafo precedente) con l' introduzione dell' art. 101 comma 2° c.p.c. il dovere del giudice di instaurare il contraddittorio sulle questioni rilevate officiosamente, è rinforzato al punto tale che la decisione fondata sulla predetta questione, senza che sia stato sollecitato il previo contraddittorio dei contendenti, è sanzionata con la nullità; perciò il giudice nel caso in cui non abbia adempiuto al dovere imposto dall' art. 183 comma 4° c.p.c. di collaborazione con le parti, potrà recuperare indicando loro la questione, prima di decidere. L' art. 420bis c.p.c., inoltre, prevede l' impugnazione della sentenza mediante ricorso per cassazione, rappresentando dunque un ulteriore possibilità delle parti per poter contraddire (nei limiti delle disposizioni del ricorso per cassazione) alla questione pregiudiziale rilevata officiosamente.

La disciplina dell' art 420 bis c.p.c. prevedendo l' immediato ricorso per cassazione per la sentenza “interpretativa” da proporsi entro 60 giorni dalla comunicazione dell' avviso del deposito della sentenza, rappresenta la tipica figura di ricorso *per saltum*, dovendosi riconoscere nella finalità di questo salto, quella di consentire la formazione nel più breve tempo possibile di un orientamento interpretativo univoco e del relativo giudicato, pertanto anche eliminando fasi impugnatorie intermedie come quelle dell'appello.<sup>498</sup>

---

<sup>498</sup> La sentenza di accertamento pregiudiziale sull'interpretazione di un contratto collettivo, resa in grado di appello, non essendo riconducibile nel paradigma dell'art. 420 bis c.p.c., non incorre in un vizio che inficia la pronuncia, bensì nel rimedio impugnatorio proprio, risultante dal combinato disposto dell'art. 360, terzo comma, e 361, primo comma, c.p.c.; laddove, tuttavia, il giudice di appello abbia frazionato la domanda unica in due o più domande e abbia deciso una di esse con sentenza non definitiva, si verifica una violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, che vizia la sentenza non definitiva, immediatamente ricorribile per cassazione. Questo il principio di diritto emesso dalla S.C. per una controversia in cui le parti non si erano dolute di tale vizio, accettando il frazionamento dell'originaria domanda, sia pure

Con riguardo al ricorso in cassazione ed alla correlata esigenza di accelerazione del giudizio in cui la pregiudiziale si innesta, è stato anche osservato che, in realtà, in questo caso la funzione nomofilattica della Cassazione, volta a dare uniformità interpretativa alla questione collettiva, rimane meramente eventuale, in quanto assoggettato all'istanza della parte interessata. Di fatto, è ben possibile che la parte soccombente rispetto alla sentenza interpretativa decida non proporre impugnazione e fare pertanto acquiescenza alla soluzione interpretativa accolta dal giudice di primo grado<sup>499</sup>.

Laddove la sentenza non definitiva non venga impugnata nell'indicato termine breve, la statuizione in essa contenuta passa in giudicato ed il processo prosegue regolarmente all'udienza successivamente stabilita fino a giungere alla decisione nel merito della controversia.

Il giudicato così formatosi sulla sentenza interpretativa non definitiva permane stabilmente anche nei successivi gradi di giudizio.

#### *4. L'indicazione delle questioni rilevabili d' ufficio e il contraddittorio delle parti in sede di interrogatorio libero.*

L'art. 420 c.p.c. prevede l'interrogatorio libero delle parti, che ha lo scopo di assicurare un migliore esercizio del potere giurisdizionale, attuando la dialettica processuale tra parti e giudice e tra le parti tra loro; affinché il giudice possa esercitare tale potere, deve convincersi che sussista la possibilità di esercitarlo, ovvero che non sussistano questioni pregiudiziali come ad es. carenza di giurisdizione e di competenza, difetto di rappresentanza tecnica ecc., altrimenti non si avvalerebbe mai di questo strumento, difatti la presenza di questi vizi

---

irrituale, operato dalla sentenza di appello; Cass. 24 settembre 2007 n. 19695, in *Lav. nella giur.* 2008, 185, e in *Dir. e prat. lav.* 2008, 1528.

<sup>499</sup> Sul punto è stato infatti rilevato che “del resto l'eventualità della nomofilachia riguarda ciascuna singola causa in cui rilevi una determinata questione pregiudiziale, ma l'obiettivo del sistema è raggiunto anche se in una sola di tali cause è proposto il ricorso per cassazione”: in questi termini: VALLEBONA *La nomofilachia accelerata della Cassazione sui contratti collettivi nazionali*, in *Mass. Giur. Lav.* n. 10 2006, 725, per il quale, inoltre, l'accelerazione sta proprio nel fatto che l'appello viene eliminato e che del resto viene imposto il termine breve decorrente dalla comunicazione di cancelleria e non dalla notifica ad istanza di parte.

renderebbe inutile acquisire elementi che poi non verrebbero utilizzati se la causa dovesse chiudersi con una pronuncia di rito<sup>500</sup>.

La finalità dell'interrogatorio libero è dunque connessa all'adozione del principio di eventualità, l'attuazione della dialettica processuale con la finalità di individuare più agevolmente gli elementi rilevanti per la decisione della lite, ma soprattutto l'occasione per il giudice di indicare le questioni rilevabili d' ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione per consentire alle parti, aggiustamenti e allegazioni di fatti, che sono possibili solo nella prima udienza: ad esempio se il giudice rileva officiosamente la nullità contrattuale su cui si fonda la domanda attorea, l'attore potrà modificarla facendo valere ad es. l'arricchimento senza causa o la responsabilità pre o extracontrattuale<sup>501</sup>. Dunque il dovere del giudice del lavoro di attivare il previo dibattito delle parti su questioni rilevate officiosamente è disciplinato dalla disposizione dell'art. 183 comma 4° c.p.c., inoltre tale problema di contraddittorio è stato definitivamente risolto con l'art. 101 comma 2° c.p.c. introdotto nel 2009, che sanziona con nullità, la decisione del giudice fondata su una questione rilevata officiosamente, senza aver assegnato un termine alle parti per controdedurre memorie connesse alla relativa questione.

Già prima dell'introduzione dell'art. 101 comma 2° c.p.c, la dottrina aveva previsto la nullità della sentenza di “terza via” (fondata su una questione officiosa senza il previo dibattito delle parti su di essa)<sup>502</sup>, dovuta dall'essenzialità del dovere del giudice di attivarsi, dunque un “preciso obbligo giuridico, derivante dalla regola del contraddittorio” di non decidere la causa sulla base di argomenti non previamente sottoposti alla discussione dei contendenti<sup>503</sup>.

Tuttavia pure la sanzione di nullità della pronuncia del giudice non è un sufficiente rimedio agli errori compiuti; difatti la questione di diritto rilevata officiosamente può essere rilevante anche per ciò che attiene il fatto, dato che i fatti nella loro essenza puramente storica non vengono mai allegati in giudizio, ma vengono solo selezionati e prequalificati sulla base della fattispecie che le parti ritengono applicabile al caso concreto; la mutazione delle prospettive di diritto può

---

<sup>500</sup> LUISO, *Il processo del lavoro*, cit., 168-169.

<sup>501</sup> ID., *Il processo del lavoro*, cit., 169-170.

<sup>502</sup> Le posizioni della dottrina antecedente alla introduzione dell' art. 101 comma 2° saranno approfondite nella parte terza della presente indagine.

<sup>503</sup> TARZIA, *Manuale*, cit., 100.

provocare anche la necessità di adeguare le allegazioni dei fatti al nuovo schema giuridico fatto presente al giudice<sup>504</sup>. L'errore compiuto dal giudice impedendo la tempestiva allegazione delle parti conseguente alla diversa impostazione della questione di diritto, rende la sola nullità della pronuncia del giudice un rimedio non sufficiente, poiché non sempre è idonea solo una ridecisione del giudice di appello, ma si rende necessaria una riapertura dei termine a favore delle parti, affinché possano porre in essere le allegazioni conseguenti al rilievo officioso che non hanno potuto produrre precedentemente<sup>505</sup>; quindi si ha una sorta di recupero della fase del contraddittorio che il giudice erroneamente, venendo meno al suo dovere, non ha concesso ai contendenti. L'inattività del giudice può dunque, oltre ad impedire che la decisione sia presa dopo aver sentito le argomentazioni delle parti, incidere sulla completezza del quadro di fatto<sup>506</sup>. L'interrogatorio libero assume una rilevanza centrale che ne rende obbligatoria l'assunzione e rappresenta lo strumento di dialogo tra più soggetti in cui oggetto di discussione saranno non solo gli elementi di fatto, ma anche profili di diritto e questioni di rito e di merito rilevanti per la decisione; le risposte delle parti non possono essere considerate prove ma soltanto argomenti di prova ex art. 116 c.p.c.<sup>507 508</sup>.

*5. I poteri istruttori officiosi ex art. 421 comma 2° c.p.c.: dovere o discrezionalità insindacabile nell'esercizio del potere.*

Già in base ad una disposizione già esistente nel regime processuale precedente (art. 439), il legislatore del 1973 ha conferito al giudice del lavoro il potere di ammettere di ufficio i mezzi istruttori, che ritenga utili per decidere nel merito la controversia.

In base all'art. 421 c.p.c. Il giudice "può altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal

---

<sup>504</sup> LUSO, *Il processo del lavoro, cit.*, 170.

<sup>505</sup> ID, *Il processo del lavoro, cit.*, 171.

<sup>506</sup> ID., *Il processo del lavoro, loc. cit.*

<sup>507</sup> ID., *Il processo del lavoro, loc. cit.*

<sup>508</sup> Per approfondimenti su quest' ultimo punto, vedasi quanto stabilito per l' interrogatorio formale nel rito ordinario, trattato nel capitolo precedente.

codice civile, ad eccezione del giuramento decisorio, nonché la richiesta d'informazioni e osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti..."

La norma ha suscitato una miriade di problemi; alcuni hanno avuto una risposta univoca, altri hanno dato luogo a contrasti, che a distanza di alcuni decenni non sono ancora stati risolti.

In primo luogo è necessario evidenziare che il termine "può", delinea una mera discrezionalità dell'iniziativa del giudice, del resto sarebbe difficilmente tipizzabile un potere di questo tipo da circoscrivere entro canoni di comportamento determinati. Tuttavia il buon giudice non deve decidere arbitrariamente e, quindi, anche se non vincolante, può e deve tentarsi l'analisi di una linea guida oggettiva.

Il rito del lavoro tende a contemperare il principio dispositivo (che obbedisce, nella sua originaria configurazione, al criterio formale di giudizio fondato sull'onere della prova) con quello della ricerca della verità materiale, mediante una rilevante ed efficace azione del giudice nel processo.

Pertanto, quando le risultanze di causa offrono significativi dati e spunti di prova, il giudice non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola dell'onere della prova, ove reputi insufficienti le precisazioni e le prove già acquisite, ma ha il potere-dovere (dovere anche se, al limite, solo di carattere deontologico e non strettamente giuridico) di provvedere d'ufficio agli atti istruttori, emergenti dal materiale di causa, ed idonei a superare l'incertezza sui fatti dedotti, senza che a ciò sia d'ostacolo il verificarsi di decadenze o preclusioni in danno delle parti<sup>509</sup>. Se

---

<sup>509</sup> È questa la tesi che si è consolidata in Cassazione: Cass. S.U. 17 giugno 2004, n. 11353; Cass. 10 dicembre 2008, n. 29006: "Nel rito lavoro, il giudice, ove si verti in situazione di *semiplena probatio* ha il potere dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o di decadenze in danno delle parti, dovendo quindi motivare sulla mancata attivazione dei poteri officiosi, là dove sollecitato dalla parte ad integrare la lacuna istruttoria"; Cass. 12 marzo 2004, n. 5152; Cass. 29 agosto 2003, n. 12666; Cass. 14 giugno 2003, n. 9541; Cass. 20 aprile 1998, n. 4011; Cass. 25 ottobre 1997, n. 10522; Cass. 12 febbraio 1997, n. 1304. Queste decisioni però considerano un vero e proprio dovere del giudice (censurabile in Cassazione) nell' 'esercizio dei poteri d'ufficio; tuttavia il tenore letterale dell' art. 421, comma 2, c.p.c. ("*Può...*") non consente di seguire totalmente questa tesi, che comunque è stata avallata dalla dottrina, ANDRIOLI - BARONE - PEZZANO -PROTO PISANI, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna 1987, 714: "è auspicabile che la Corte di Cassazione abbandoni il comodo andazzo di dichiarare incensurabile in Cassazione il mancato esercizio dei poteri istruttori d'ufficio". Contro, per la tesi della non utilizzabilità dei poteri d'ufficio quando c'è la carenza probatoria della parte, da ultimo Cass. 21 maggio 2009, n. 11847: "Nel rito del lavoro, i poteri istruttori officiosi di cui all'art. 421 c.p.c. non possono sopperire alle carenze



al giudice del lavoro si attribuisse un dovere giuridico nell'esercizio dei poteri d'ufficio, sostanzialmente si avrebbe un sindacato di legittimità in Cassazione. La conseguenza pratica sarebbe nell'attribuire di fatto alla Cassazione il potere di decidere sull'esercizio dei poteri d'ufficio. A questa conseguenza porta l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che ritiene sindacabile in Cassazione il potere ex art. 421 c.p.c.<sup>510</sup>. In altre parole la Corte di Cassazione diventerebbe arbitro assoluto del potere del giudice di merito, sostanzialmente decidendo se nel processo doveva o non doveva ammettersi una prova d'ufficio, e quale prova doveva ammettersi<sup>511</sup>. Sarebbe quindi assurdo, poiché i poteri ex art. 421 c.p.c. non

---

probatorie delle parti (nella specie, mancata indicazione nel ricorso dei capitoli di prova testimoniale), così da porre il giudice in funzione sostitutiva degli oneri delle parti medesime e da tradurre i poteri officiosi anzidetto in poteri di indagine e di acquisizione del tipo di quelli del processo penale"; Cass. 27 luglio 2004, n. 14404; Cass. 22 luglio 2009, n. 17102. Però, per ripensamento Cass. 25 maggio 2010, n. 12717, che considera meramente discrezionali i poteri dell'art. 421 c.p.c., sindacabili solo per vizio di motivazione.

<sup>510</sup> Sostiene l'insindacabilità in Cassazione del mancato esercizio Cass. 12 marzo 2009, n. 6023: "Nel rito del lavoro, il mancato esercizio da parte del giudice dei poteri officiosi ex art. 421 c.p.c. preordinato al superamento di una meccanica applicazione della regola del giudizio fondata sull'onere della prova, non è censurabile con ricorso per cassazione ove la parte non abbia investito lo stesso giudice di una specifica richiesta in tal senso, indicando anche i relativi mezzi istruttori"; Cass. 15 gennaio 1998, n. 310: "Nel rito del lavoro, dove, per la particolare natura dei rapporti controversi il principio dispositivo va temperato con quello della ricerca della verità materiale mediante una rilevante ed efficace azione del giudice nel processo, quando le risultanze di causa offrono significativi dati di indagine, non può farsi meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova ma occorre che il giudice, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, eserciti il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale e idonei a superare l'incertezza sui fatti costitutivi dei diritti in contestazione, senza che a ciò sia d'ostacolo il verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti. Il mancato esercizio di tale potere-dovere non è direttamente denunziabile in sede di legittimità anche in assenza di espressa motivazione sul punto, ma può tradursi in un vizio di illogicità della decisione, in particolare quando questa si fonda su di un elemento probatorio offerto da una delle parti ma contrastato dall'altra e per sé non dotato di sicura affidabilità, senza la necessaria verifica e senza che dal contesto del provvedimento possano desumersi le ragioni che hanno indotto ad ometterla".

<sup>511</sup> Cass. 10 dicembre 2008, n. 29006, che ha sostanzialmente disposto di acquisire gli atti di un processo penale ex art. 421 c.p.c.; Cass. 25 ottobre 1997, n. 10522 e Cass. 12 febbraio 1997, n. 1304; Cass. 25 maggio 2010, n. 12717.

sono compatibili con il giudizio in Cassazione<sup>512</sup>, ma sono tipici del giudizio di merito.

Strettamente connesso è l'argomento della motivazione, o non motivazione, dell'esercizio dei poteri d'ufficio. Se si segue l'opinione della sindacabilità in Cassazione, l'esercizio o il mancato esercizio dovrebbe essere motivato. Viceversa se si segue la lettera della legge che prevede la discrezionalità dell'esercizio dei poteri ex art. 421 comma 2°, c.p.c., nessuna motivazione può richiedersi, anche se i poteri venissero sollecitati dalle parti<sup>513</sup>.

Il giudice risponde secondo sua scienza e coscienza nell'esercizio di questo potere straordinario, e il suo mancato esercizio (o il suo esercizio) non deve motivarsi e non è direttamente denunciabile in Cassazione, tranne che non integri, unitamente ad altri elementi, un vizio di illogicità della decisione<sup>514</sup>. In altre parole la parte che non ha adempiuto all'onere della prova (o la parte che soccombe in esito alla prova ammessa d'ufficio) non può sostenere direttamente, in sede di legittimità, l'ingiustizia della decisione per il mancato esercizio dei poteri d'ufficio (o per il loro esercizio). Tuttavia qualora il giudice abbia esercitato i poteri d'ufficio sulla base del proprio sapere privato, con riferimento a fatti non allegati in modo rituale, il provvedimento è suscettibile di ricorso in cassazione per violazione di legge (art. 360, n. 3, c.p.c.)<sup>515</sup>.

---

<sup>512</sup> Cass. 16 marzo 1992, n. 3211: "In ipotesi di annullamento per omesso esame di un punto decisivo della controversia, il giudice di rinvio, mentre può valutare liberamente i fatti già accertati e indagare anche su altre circostanze ai fini di un apprezzamento complessivo in relazione alla pronuncia da emettere in sostituzione di quella cassata deve, tuttavia, tener conto delle preclusioni e decadenze già verificatesi, senza che il divieto di assumere nuove prove, non necessitate dalla sentenza di annullamento, sia superabile, nel rito del lavoro, con l'esercizio dei poteri ufficiosi cui agli artt. 421 e 437 c.p.c., in quanto tali poteri concernono solo i primi due gradi del giudizio e non si estendono alla fase di cassazione, di cui il giudizio di rinvio costituisce uno stadio".

<sup>513</sup> Contro Cass. S.U. 17 giugno 2004, n. 11353; Cass. 22 agosto 1997, n. 7881: "Nel rito del lavoro, la mancanza di documenti o la loro inidoneità a rappresentare i fatti allegati può indurre il giudice ad ammettere d'ufficio in qualsiasi momento ogni altro mezzo di prova ai sensi dell'art. 421 c.p.c., ma tale ammissione costituisce oggetto di una facoltà discrezionale, incensurabile in sede di legittimità, che deve essere espressamente motivata solo se la parte la solleciti specificamente".

<sup>514</sup> Espressamente Cass. Civ. 10 maggio 2001, n. 6531.

<sup>515</sup> Espressamente Cass. Civ. S.U. 17 giugno 2004, n. 11353.

## 6. Segue. I limiti di applicabilità del potere officioso.

Sostanzialmente non controversa appare l'opinione secondo cui il giudice non può disporre prove di ufficio su fatti non allegati o diversi da quelli allegati dalle parti<sup>516</sup>: non può dunque il giudice, per una ritenuta esigenza di pervenire alla verità, farsi carico della ricerca di circostanze che le parti non abbiano introdotto in giudizio. Merita attenzione il problema se il giudice possa disporre mezzi istruttori solo quando la fonte materiale della prova dei fatti sia stata esposta dalle parti o emerga dalla assunzione delle prove dedotte dalle parti stesse<sup>517</sup>, ovvero se, fermo che i fatti debbono essere stati legittimamente acquisiti al processo, possa il giudice svolgere una ricerca per individuare delle fonti di prova<sup>518</sup>; la scelta tra le due soluzioni è in buona parte condizionata dalla opinione circa il ruolo del giudice del lavoro, aderendo alla prima opinione chi è dell'avviso che un'opera di ricerca più penetrante metta in discussione la imparzialità del giudice.

Il giudice del lavoro deve esercitare i suoi poteri nei limiti dei fatti dedotti dalle parti; è questo il principio che costituisce il nucleo essenziale ed indefettibile del sistema dispositivo (*secundum allegata partium*). Il tema d'indagine deve essere determinato nei suoi elementi concreti dalle parti e non dal giudice. Il giudice non può d'iniziativa indicare fatti rilevanti per la soluzione della controversia, e ricercarne le prove. L'allegazione dei fatti, oggetto della prova, è monopolio delle parti, l'iniziativa è esclusiva, e non può il giudice intervenire. Sia i fatti primari, sia i fatti secondari, devono essere allegati dalle parti. I fatti primari (o fatti giuridici principali) devono essere allegati negli atti c.d. introduttivi; i fatti secondari possono essere allegati anche successivamente, nel corso del processo<sup>519</sup>, o risultanti da atti processuali (ad esempio testimonianze, interrogatorio delle parti, documenti prodotti, ecc.). Il giudice, quindi è vincolato dall'attività di allegazione

---

<sup>516</sup> Cass. Civ. 3 giugno 1997, n. 4935.

<sup>517</sup> MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, 189; Per Cass. 15 gennaio 1998 n. 310 il giudice, quando le risultanze di causa offrono significative piste di indagine ove reputi insufficienti le prove già acquisite, ha il dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati dal materiale in atti.

<sup>518</sup> LUISO, *Il processo del lavoro*, cit., 192.

<sup>519</sup> ANDRIOLI-BARONE-PEZZANO-PROTO PISANI, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna 1987, 711; VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro*, in *Riv. dir. Proc.*, 1977, 220-255; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. 1962, I. 302 e ss..

delle parti, ma è però elemento attivo e non passivo del contraddittorio; infatti deve dirigere il processo "e richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione" (art. 183, comma 4, c.p.c.)<sup>520</sup>. Con l'aggiunta del comma 2° dell'art. 101 c.p.c. tale principio è stato rafforzato, difatti è vietato al giudice di emettere sentenze di terza via. Infatti, adesso il giudice, se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, deve a pena di nullità riservare la decisione, concedendo alle parti un termine non inferiore ai 20 e non superiore ai 40 giorni, dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione. Nel rito lavoro non è però possibile seguire strettamente la norma del comma 2° dell'art. 101 c.p.c., poiché la fase di decisione è diversa da quella del rito ordinario; il giudice del lavoro dovrà indicare la questione e rinviare la discussione, eventualmente se richiesto, concedendo termine per note difensive (argomentando dall'art. 420, comma 6° e 429, comma 2°, c.p.c.), rispettando il termine minimo non inferiore a 20 giorni. La discussione infatti nel rito lavoro è fondamentalmente orale.

Quanto invece all'estensione dei poteri officiosi, è tuttora controverso se essi possano essere esercitati in relazione alla fonte di prova o al mezzo di prova. Da un lato, si è sostenuto<sup>521</sup> che nulla possa il giudice di fronte all'inerzia della parte nell'indicazione della fonte di prova (dato della realtà materiale da cui desumere la fonte di conoscenza, ad esempio l'individuazione delle persone che conoscono il fatto e possono, pertanto, essere chiamate a deporre); l'impulso officioso in tal caso, concernerebbe solo la realizzazione di tutte le formalità imposte dal rito, attraverso le quali la fonte materiale indicata dalla parte è acquisita agli atti (onere

---

<sup>520</sup> Per la giurisprudenza dominante la sentenza emessa su una questione rilevabile d'ufficio e non sottoposta al vaglio (contraddittorio) delle parti è nulla, Cass. 9 giugno 2008, n. 15194; Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108; Cass. 21 novembre 2001, n. 14637: "Il giudice, che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve segnalarla alle medesime e consentire loro di eccepire e di argomentare in merito; qualora il giudice decida la controversia sulla base di una questione non previamente sottoposta alle parti, la sentenza è nulla per violazione del principio del contraddittorio (nella specie, la S. C. ha cassato con rinvio la sentenza che aveva deciso di un'opposizione a ordinanza ingiunzione facendo perno sulla questione della sussistenza in astratto del potere sanzionatorio, non sollevata dalle parti né a queste sottoposte dal giudice)". Sull'argomento S. CHIARLONI, *La sentenza della terza via in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie*, in *Giur. it.* 2002, I, 1363; LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza rivoluzionaria?*, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1611. Contra Cass. 27 luglio 2005, n. 15705.

<sup>521</sup> MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale*, cit., 152.

di capitolazione e di indicazione della lista dei testimoni). Quindi, una volta acquisiti agli atti il fatto e la fonte di prova, anche in caso di successiva inerzia della parte, il giudice potrà attivarsi nello scegliere uno dei mezzi tipizzati dall'ordinamento, attraverso cui dare accesso nel giudizio, la fonte materiale di conoscenza indicata dalla parte. La portata dell'art. 421 c.p.c. si ridurrebbe in tal modo in un esonero della parte dall'osservanza degli oneri minori di carattere strettamente processuale, che concernono la proposta della prova: onere di richiesta della prova; oneri relativi alle modalità di formulazione dell'oggetto della prova e dell'interrogatorio. Altra dottrina, invece, afferma l'iniziativa autonoma del giudice anche nella ricerca delle fonti materiali di prova<sup>522</sup>. Alle due tesi estreme si oppone un orientamento che si colloca su un piano intermedio. Respingendo l'eccessiva dilatazione dei poteri del giudice sino alla ricerca della fonte materiale di prova, ma nel contempo escludendo l'ipotesi riduttiva di mera articolazione del mezzo di prova, si afferma che il giudice dovrà pur sempre trarre la fonte materiale di prova dagli atti del giudizio, anche se non necessariamente dalle indicazioni delle parti<sup>523</sup>. Quindi, in relazione, ad esempio, alla prova testimoniale, il giudice potrà desumere l'indicazione dei testimoni anche da documenti prodotti o esibiti, da informazioni delle associazioni sindacali, dai rilievi compiuti in occasione dell'accesso sul luogo di lavoro. La giurisprudenza ha dimostrato di esercitare molto cautamente i poteri di iniziativa istruttoria, sempre con l'intento di integrare i poteri della parte nell'assolvimento degli oneri processuali minori. Va segnalato che il principio secondo cui l'esercizio del potere d'ufficio è discrezionale e, pertanto, sottratto al sindacato di legittimità è stato esteso all'ipotesi inversa, nel senso che il giudice non è tenuto a motivare perché non si sia valso di quel potere<sup>524</sup>; ma la Cassazione ha anche affermato<sup>525</sup> che il giudice non può limitarsi a fare meccanica applicazione del criterio formale dell'onere della prova, ma deve porsi il problema se tale materiale non solleciti l'esercizio dei suoi poteri officiosi, dando conto delle ragioni che lo hanno indotto a non esercitare il potere conferitogli dalla legge. Si legge in recenti sentenze della giurisprudenza di

---

<sup>522</sup> VOCINO-VERDE, *Appunti sul processo del lavoro*, Napoli, 1986, 87.

<sup>523</sup> TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1987, 105.

<sup>524</sup> Cass. 30 maggio 1989, n. 2588, in *Notiz. giur. lav.* 1989, 761; Cass. Civ. 9 aprile 1990, n. 2941, *Notiz. giur. Lav.*, Rep. 1990, voce *procedimento davanti al pretore*, n. 7.

<sup>525</sup> Cass. Civ. 8 novembre 1991, n. 11915, in *Riv. crit. dir. lav.* 1992, 737, con nota di ZECCA.

legittimità, la precisazione che il mancato esercizio del potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori, pur non essendo direttamente denunziabile in sede di legittimità, anche in assenza di espressa motivazione sul punto, può, tuttavia, tradursi in un vizio di illogicità della decisione, in particolare quando questa si fondi su di un elemento probatorio offerto da una parte e contrastato dall'altra, non dotato di una sicura affidabilità, qualora dal contesto del provvedimento non possano desumersi le ragioni che hanno indotto ad ometterlo<sup>526</sup>.

#### *7. Segue. Decadenze e preclusioni delle parti e poteri del giudice.*

Un ulteriore e delicato problema è il rapporto tra i poteri officiosi del giudice e le preclusioni all'attività difensiva delle parti. Secondo un determinato orientamento, le preclusioni incontrate dalle parti costituiscono un limite esterno ai poteri istruttori del giudice<sup>527</sup>. Si rileva al riguardo che in ipotesi di maturazione di una preclusione, l'impulso probatorio dell'ufficio avrebbe come unica fonte da cui desumere l'esistenza della fonte di prova un atto illegittimo (la richiesta tardiva): in conseguenza, illegittimo sarebbe anche il provvedimento giudiziario che dispone la prova, giusta l'art. 159 c.p.c.. Il giudice potrebbe dunque superare le decadenze incontrate dalle parti solo in ipotesi di richiesta relativa a fatti nuovi emersi dalla discussione orale.

Altri autori, di converso, rilevano che l'art. 421 c.p.c. ammette l'impulso officioso in qualsiasi momento; di conseguenza, il giudice si porrebbe al di sopra delle preclusioni e delle decadenze<sup>528</sup>.

Ma in tal caso l'imparzialità del giudice verrebbe compromessa, ove venisse rimesso alla sua valutazione discrezionale, il potere di ammettere quelle prove, dalle quali le parti fossero decadute, con la conseguenza che queste (o una di queste), implicitamente, verrebbero rimesse in termini in base ad un apprezzamento insindacabile in sede di legittimità<sup>529</sup>; inoltre non avrebbero senso

---

<sup>526</sup> Cass. 15 gennaio 1998, n. 310.

<sup>527</sup> FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 149 e 153.

<sup>528</sup> PROTO PISANI in ANDRIOLI, BARONE, PEZZANO, PROTO PISANI, *Le controversie*, cit., 663.

<sup>529</sup> In tal senso Cass. 13 aprile 1987 n. 3681, *Giust. civ.*, 1988, 1, 229 e, con riferimento al caso (da ritenersi risolto in giurisprudenza a seguito di Cass. 13 gennaio 1996 n. 262; Cass. 18 marzo

le prescrizioni rigorose contenute negli artt. 414, 416 e 420 c.p.c., né in particolare il fatto che il comma 5° dell'art. 420 c.p.c. consente l'ammissione dei soli mezzi di prova, che le parti non hanno avuto la possibilità di articolare in precedenza<sup>530</sup>.

La giurisprudenza è orientata nel senso più restrittivo; è invero ricorrente l'affermazione che l'inosservanza ad opera della parte dei termini preclusivi iniziali impedisce sia all'attore sia al convenuto di dolarsi successivamente del mancato esercizio del potere del giudice di ammettere d'ufficio le prove ormai precluse<sup>531</sup>; in particolare, il giudice non può supplire all'inerzia della parte che è decaduta dalla prova già ammessa<sup>532</sup>. Esiste peraltro un orientamento secondo cui, nel rito del lavoro che, per la particolare natura dei rapporti controversi, tende a contemperare il principio dispositivo con quello della ricerca della verità reale, il potere del giudice di disporre d'ufficio mezzi istruttori, che presuppone l'incertezza e l'incompletezza del materiale istruttorio, può essere esercitato, in presenza di significativi dati di indagine, anche se la parte onerata della prova sia incorsa in preclusioni e decadenze ed anche su sollecitazione di quest'ultima<sup>533</sup>. L'istruzione probatoria deve essere il frutto della collaborazione tra giudice e parti e dunque il potere in questione può esser finalizzato a sopperire ad oggettive e non imputabili difficoltà di una delle parti nell'acquisizione delle prove, ovvero a chiarire od eliminare incertezze in ordine ai fatti costitutivi posti a fondamento della domanda e delle relative eccezioni<sup>534</sup>. Il giudice con la propria iniziativa, potrà sopperire alle difficoltà oggettive della parte nell'ottemperare all'onere probatorio, anche al di là dei limiti delle preclusioni, ma tale potere officioso non potrà essere integralmente sostitutivo all'iniziativa assente della parte; l'impulso officioso sopperire alle difficoltà delle parti, sopravvivendo alle decadenze in cui siano incorse, nel caso in cui si siano adoperate a fornire prove ad esse favorevoli, "quando il fatto costitutivo o il fatto costituente eccezione, siano non pienamente

---

1986 n. 1882.

<sup>530</sup> FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 153; LUISO, *Il processo del lavoro*, cit., 192; MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale*, cit., 192.

<sup>531</sup> Cass. 26 febbraio 1983, n. 1489, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 261; Cass. 11 agosto 1981, n. 1478; Cass. 4 aprile 1980, n. 2231, in *Foro it.*, Rep. 1980, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 195.

<sup>532</sup> Cass. 23 giugno 1978, n. 3134; *contra*, Cass. 13 ottobre 1984 n. 5123.

<sup>533</sup> Cass. 15 gennaio 1998, n. 310; Cass. 9 giugno 1994, n. 5590, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1576.

<sup>534</sup> Cass. 13 maggio, 1987, n. 4402; Cass. 8 settembre 1988 n. 5095; Cass. 18 marzo 1986 n. 1882; Cass. 13 aprile 1987 n. 3681;

provati, ma neppure sforniti di prova" (ex art. 2736 c.c.), ovvero sia stata raggiunta una *semiplena probatio* (mentre nel rito ordinario la *semiplena probatio* dà luogo al giuramento suppletorio, nel rito del lavoro dà luogo al potere officioso), purchè la controparte non abbia raggiunto una prova piena dei fatti a sé favorevoli<sup>535</sup>.

Anche la dottrina ha affermato che " il potere di ufficio debba essere diretto a vincere dubbi istruttori residuati anche dopo l'assunzione delle prove indicate dalle parti e non possa invece supplire ad una totale carenza di deduzioni probatorie"<sup>536</sup>.

L'iniziativa probatoria officiosa pone poi il delicato problema del rispetto del principio del contraddittorio, come diritto della parte ad interloquire e replicare, attraverso una propria iniziativa probatoria, all'impulso istruttorio dell'ufficio, per cui deve ritenersi illegittima, perché contrastante col principio del contraddittorio, la prassi di dare svolgimento ad una iniziativa istruttoria officiosa nella fase preparatoria dell'udienza di discussione, disponendo il mezzo istruttorio, già con il decreto in calce al ricorso introduttivo.

#### **8. Segue. La tipicità della prova nel potere istruttorio officioso<sup>537</sup>.**

Nel rito del lavoro non è possibile superare il principio di legalità della prova, mediante la utilizzazione delle c.d. prove atipiche, ossia di prove non considerate come tali nel vigente sistema, né di quelle acquisite al processo attraverso vie diverse da quelle previste dalla legge; in questa prospettiva è stato precisato<sup>538</sup>, che il giudice non può avvalersi della sua scienza privata<sup>539</sup>, di uno scritto proveniente da un terzo in luogo della deposizione testimoniale, di strumenti non aventi funzione probatoria (come l'interrogatorio libero od il comportamento processuale delle parti), che non possono costituire fonte esclusiva del

---

<sup>535</sup> CECHELLA, *Limiti all'iniziativa istruttoria del giudice del lavoro: le preclusioni all'attività difensiva delle parti e la regola dell'onere della prova*, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 790.

<sup>536</sup> TARZIA, *Manuale*, cit., 113.

<sup>537</sup> Per ulteriori dettagli relativamente alle prove atipiche, si veda il paragrafo 15 del cap. precedente.

<sup>538</sup> MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale*, cit., 183.

<sup>539</sup> VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 1996, II, 371.



convincimento del giudice, anche se su di esse si sia instaurato il contraddittorio delle parti<sup>540</sup>.

#### *9. Segue. Il superamento dei limiti stabiliti dal codice civile.*

L'art. 421 comma 2° c.p.c. dispone che il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri istruttori di ufficio, possa ammettere prove “anche fuori dei limiti stabiliti del codice civile”, ad eccezione del giuramento decisorio, nonché richiedere informazioni ed osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti.

Tale norma consente al giudice semplicemente di derogare ai limiti di ammissibilità della prova fissati dal codice civile; nonostante la formulazione della norma possa indurre a diversa soluzione, si ritiene che i limiti, stabiliti dall'art. 2731 c.c. per la confessione e dagli artt. 2737 e 2739 c.c. per il giuramento, non possano essere superati perché derivano dalla disciplina sostanziale del rapporto<sup>541</sup>. Non può essere superato il limite della forma *ad substantiam*<sup>542</sup>; sul limite della forma *ad probationem* la giurisprudenza si è pronunciata in maniera contrastante. Così, nel caso in cui il lavoratore, per ottenere il riscatto di certi periodi lavorativi a fini pensionistici, debba produrre documenti aventi data certa per provare l'esistenza, la durata del rapporto e la misura della retribuzione, la S.C. ha sempre ritenuto invalicabile tale limite sul piano probatorio, anche nel caso di iniziativa officiosa<sup>543</sup>; ugualmente nei casi in cui si voglia provare l'avvenuta transazione fra lavoratore e datore, ove è imposta la produzione di un documento scritto ex art. 1967 c.c..

Nella prova testimoniale è derogabile il limite concernente il patto contrario al contenuto di un documento ex artt. 2722 e 2723 c.c.<sup>544</sup>, ma non può essere superato il disposto dell'art. 2725 c.c. quanto all'ammissibilità di prove

---

<sup>540</sup> Contra: Cass. 19 luglio 1989 n. 3374, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 2549: il giudice potrebbe fondare la sua decisione su fatti dei quali sia venuto a conoscenza esaminando, per ragioni di ufficio, gli atti di altre cause, pur non essendosi avuta al riguardo alcuna trattazione.

<sup>541</sup> FABBRINI, *Diritto processuale*, cit., 145; MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale*, cit., 200.

<sup>542</sup> Cass. 28 dicembre 1996, n. 11540.

<sup>543</sup> Cass. 17 ottobre 1978, n. 4658.

<sup>544</sup> Cass. 10 aprile 1981, n. 2095, in *Riv. giur. lav.* 1981, II, 593; 8 giugno 1981, n. 3698, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce cit., n. 232.

testimonialiali e di presunzioni contro gli atti per i quali è richiesta la forma scritta<sup>545</sup>; però alcune pronunce hanno ritenuto di disporre prova testimoniale della simulazione derogando l'art. 1417 c.c., stabilendo altresì che i limiti fissati dal codice civile possano superarsi anche con riguardo alle presunzioni<sup>546</sup>.

Per quanto riguarda il divieto posto dall'art. 2722 c.c. mentre alcuni autori sono dell'avviso che il giudice debba preventivamente emettere un giudizio di verosimiglianza circa l'esistenza del patto aggiunto anteriore o contemporaneo a quello formalizzato nel documento<sup>547</sup>, in alcune decisioni si afferma che la norma in questione sarebbe superata dalle disposizioni proprie del processo del lavoro<sup>548</sup>. La possibilità che vengano superati i limiti fissati dal codice civile è stata considerata dal legislatore del 1973 allorquando ha disciplinato l'esercizio dei poteri istruttori officiosi, per cui si è posto l'interrogativo se per le parti operino ancora detti limiti: la risposta più diffusa è che sarebbe illogico riconoscere al giudice un potere di indagine (peraltro discrezionale) superiore a quello che può essere richiesto dalle parti, non essendovi alcuna giustificazione, una volta che, allo scopo di pervenire all'accertamento della verità, siano stati eliminati alcuni ostacoli<sup>549</sup>.

#### **10. L'ammissione di prove officiose ex art. 420 comma 5° c.p.c..**

Nel rito del lavoro, in funzione della celerità del processo e della necessità di mettere il giudice nella condizione di conoscere fin dalle prime battute i termini della controversia, le parti sono tenute, rispettivamente nel ricorso introduttivo e nella memoria difensiva, a prendere una posizione precisa circa le loro richieste e le ragioni poste a fondamento delle stesse; questa regola, è temperata dalla previsione, contenuta nell'art. 420 comma 1° c.p.c, in forza della quale, se ricorrono gravi motivi, previa autorizzazione del giudice le parti possono

---

<sup>545</sup> VOCINO-VERDE, *Appunti*, cit., 88; Cass. 17 gennaio 1988 n. 117, *Notiziario giur. lav.*, 1988, 582.

<sup>546</sup> Cass. 29 maggio 1976 n. 1939, *Foro it.*, 1976, I, 2666; Cass. 28 ottobre 1989 n. 4525; Cass. 16 giugno 1995, n. 6828.

<sup>547</sup> MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale*, cit., 200. Cass. 10 aprile 1981 n. 2095, in *Riv. Giur. lav.*, 1981, II, 593.

<sup>548</sup> Cass. 12 gennaio 1988 n. 117; Cass. 24 novembre 1993 n. 11588.

<sup>549</sup> LUISO, *Il processo del lavoro*, cit., 197.

modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate. In altri termini, all'esito del primo contatto con le parti, il giudice è in condizione di rendersi conto se siano necessari quegli aggiustamenti delle richieste per rendere utile e funzionale l'ulteriore svolgimento del processo.

Nella stessa udienza (qualora ciò non sia possibile fissa altra udienza ex art. 420 comma 6° c.p.c.). di discussione, il giudice provvede alla loro ammissione ex art. 420 comma 5° c.p.c..

Il giudice ex art 420 comma 5° c.p.c., però, oltre a queste richieste istruttorie, ammette officiosamente i mezzi di prova che le parti non hanno potuto proporre precedentemente, qualora ritenga che siano rilevanti<sup>550</sup>.

L'art. 420, comma 5° è collegato all'art. 420 comma 1° c.p.c., in altre parole la flessibilità della domanda è strettamente connessa all'ammissione dei mezzi di prova; se si consente ai sensi dell'art. 420 comma 1° c.p.c. una modifica della domanda, devono conseguentemente, ammettersi le relative prove, per entrambe le parti in ordine ai fatti oggetto della flessibilità della domanda<sup>551</sup>. Oltre alla possibilità di flessibilità della posizione delle parti (in replica alla parte avversa; per atti di intervento; per iniziative ex art. 421, comma 2 c.p.c., ecc.) deve ammettersi anche una valutazione delle prove "che le parti non abbiano potuto proporre prima", per motivi soggettivi, per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario.

Non sussiste una formula che individui i limiti di questo potere del giudice, ma lo stesso deve essere prudentemente esercitato solo nella ricorrenza di "gravi motivi", di natura oggettiva e/o soggettiva, ma pur sempre "gravi".

---

<sup>550</sup> ID., *Il processo del lavoro, cit.*, 198: ritiene sia ammissibile uno spostamento dell'udienza così come prevede il comma 6°, dell'art. 420 c.p.c., per l'assunzione

<sup>551</sup> Ritengono ammissibili i mezzi di prova proposti tardivamente anche dal convenuto contumace SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 1043: "Mezzi di prova "nuovi", per i quali cioè il giudice deve valutare le cause, che hanno impedito la tempestiva proposizione, e la controparte ha diritto ad un termine, per indicare, a sua volta, le prove che si appalesino, conseguentemente, necessarie, sono anche quelli proposti dall'attore dopo il deposito del ricorso e quelli proposti dal convenuto costituitosi in giudizio tardivamente (e quindi dichiarato contumace) e non solo quelli articolati dal convenuto dopo il deposito della sua memoria difensiva".

### 11. Il contraddittorio delle parti verso le prove ammesse d'ufficio.

Nel caso in cui vengono ammessi nuovi mezzi di prova, ai sensi del comma quinto dell'art. 420 c.p.c., la controparte può dedurre i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione a quelli ammessi, con assegnazione di un termine perentorio di cinque giorni (art. 420, comma 7, c.p.c.). Tale evenienza comporta la fissazione di una nuova udienza (art. 420, comma 6, c.p.c.), con eventuale termine per note.

Questa disciplina si applica anche nell'ipotesi dell'ammissione di prove d'ufficio ex art. 421, comma 2° c.p.c., difatti espressamente l'art. 421, comma 2°, c.p.c. richiama il comma 6° dell'art. 420 c.p.c., ma per garanzia della difesa, del contraddittorio, del principio dispositivo e della domanda di parte, deve applicarsi anche il comma 7° dell'art. 420 c.p.c.<sup>552</sup>. Il richiamo dell'art. 421 comma 2° c.p.c. all'applicazione dell'art. 420 comma 6°, nel caso in cui il giudice disponga mezzi di prova officiosi, comporta che ciascuna parte debba aver diritto ad un termine entro il quale poter contraddire richiedendo i mezzi di prova che si rendano necessari rispetto a quelli officiosi, perciò il richiamo all'art. 420 comma 6° c.p.c. comporta implicitamente anche il richiamo all'art. 420 comma 7° c.p.c.<sup>553</sup>. Il giudice, quindi, che abbia ammesso officiosamente una prova, deve fissare un'altra udienza, concedendo alle parti un termine perentorio di 5 giorni per dedurre i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione a quelli ammessi d'ufficio e, eventualmente, per controdedurre con note difensive sull'ammissione delle prove d'ufficio (rilevanza, opportunità, violazione dei limiti, ecc.); nel rito ordinario si applica una simile disciplina disposta dall'art. 183, comma 8° c.p.c..

La necessità di riaprire la fase di ammissione di nuove prove può derivare anche dalla decisione del giudice di sottoporre alle parti una questione rilevata d'ufficio ex art. 101 comma 2° c.p.c.; per affrontare la nuova questione sollevata d'ufficio le parti potrebbero avere necessità o interesse a formulare mezzi istruttori, e allora il

---

<sup>552</sup> Contra FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 161, che rileva però l'incostituzionalità dell'omesso richiamo. Il resto della dottrina è unanimemente concorde nell'applicare l'art. 420, comma 7, c.p.c.: LUISO, *Il processo del lavoro*, cit., 198; MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale*, cit., 197; CECHELLA, *Limiti all'iniziativa istruttoria*, cit., 789; TARZIA, *Manuale*, cit., 154: "...la garanzia della difesa, e pertanto del contraddittorio...è assicurata mediante il richiamo dell'art. 421, 2° comma al 6° e, mediamente, al 7° comma dell'art. 420".

<sup>553</sup> LUISO, *Il processo del lavoro*, cit., 198.

giudice sul punto deve ammettere le nuove istanze probatorie (argomentando ex art. 421, comma 2°, e 420, commi 6° e 7° c.p.c.). Sarebbe inutile e violerebbe il contraddittorio la sola discussione orale (o scritta) sulla nuova questione senza possibilità di attività istruttoria.

**12. La prova testimoniale<sup>554</sup> ammissibile d' ufficio e il contraddittorio delle parti.**

La richiesta di tale mezzo istruttorio presuppone l'indicazione delle circostanze da provare e dei soggetti da interrogare sulle stesse.

L'articolazione del mezzo deve avvenire, salvo i casi in cui siano ammissibili prove nuove, negli atti introduttivi del giudizio, indicando i testi da escutere e le circostanze; non deve avvenire necessariamente per capitoli separati, potendo anche risultare dalla esposizione dei fatti di causa.

La capitolazione della prova, se disposta d' ufficio, è pur sempre necessaria, perché altrimenti alle parti non sarebbe consentito di poter replicare ai sensi dell'art. 420 comma 7° c.p.c.<sup>555</sup> <sup>556</sup>. Secondo una pronuncia<sup>557</sup> però era stato disposto che l'obbligo di capitolazione non riguardi il giudice, il quale poteva ammettere la prova testimoniale senza essere tenuto ad una preventiva articolata capitolazione dei fatti. In realtà l'indicazione specifica dei fatti e la formulazione dei capitoli di prova rappresentano espressione del contraddittorio delle parti; l'ammissione officiosa della prova testimoniale senza formulazione preventiva dei capitoli di prova, può provocare un pregiudizio intollerabile del principio del contraddittorio<sup>558</sup>. La parità delle armi sarebbe alterata se il giudice con l'utilizzo dei propri poteri istruttori non consenta ad una delle parti di formulare prove contrarie, e in questo caso senza la preventiva capitolazione della prova non consentirebbe ad uno dei contendenti di dedurre prova contraria (mediante l'implicita applicazione dell'art. 420 comma 7° c.p.c.) sui fatti non capitolati<sup>559</sup>; per

---

<sup>554</sup> Per approfondimenti sulla prova testimoniale si veda il paragrafo 12 del capitolo precedente.

<sup>555</sup> LUISO, *Il processo del lavoro*, cit., 204.

<sup>556</sup> TARZIA, *Manuale*, cit., 128; FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, cit., 168-169.

<sup>557</sup> Pret. Pisa 18-4-1989 in *Giust. Civ.*, 1989, I, 2213 e ss. con nota critica di BUONCRISTIANI, *I poteri istruttori d' ufficio del giudice del lavoro e il principio del contraddittorio: obbligo di capitolazione della prova testimoniale*.

<sup>558</sup> BUONCRISTIANI, *I poteri istruttori*, cit., 2216-2217.

<sup>559</sup> ID., *I poteri istruttori*, cit., 2217.

cui il giudice è tenuto a formulare preventivamente i capitoli onde permettere alla parte a cui la prova testimoniale può produrre danno, di poterne contrastare l'assunzione (ad es. nel caso in cui sia inammissibile o irrilevante; tale giudizio non sarebbe formulabile se la prova testimoniale non presenta una previa e articolata capitolazione dei fatti) e poter controdedurre mezzi di prova contraria<sup>560</sup>.

Nonostante la formulazione dell'art. 420 comma 13° c.p.c., si è consolidata l'opinione che alla intimazione dei testi debbano provvedere le parti, anche quando la prova sia ammessa d' ufficio<sup>561</sup> e, secondo una tesi<sup>562</sup>, peraltro controversa<sup>563</sup>, a tale intimazione, per non incorrere nella decadenza prevista dall'art. 104 disp.att. c.p.c., le parti dovrebbero provvedere per la prima udienza, ossia ancor prima dell'ammissione della prova. Tale opinione non può essere condivisa, in quanto, oltre a richiedere in nome del mito della celerità del processo, un eventuale ed inutile dispendio di attività processuale ed una disponibilità "a vuoto" dei testi, non tiene conto dell'art. 250 c.p.c, per il quale l' intimazione riguarda " i testimoni ammessi dal giudice", il che presuppone un provvedimento che non può essere adottato prima che inizi l'udienza; perciò le parti non avendo il potere di effettuare l' intimazione per la prima udienza, deve escludersi la decadenza dell' art. 104 dip.att. c.p.c.<sup>564</sup>.

Per quanto riguarda l' interrogatorio dei soggetti incapaci a testimoniare ex art. 421 comma 4° c.p.c.; a seguito di un intervento della Corte costituzionale<sup>565</sup> è venuto meno il divieto di testimoniare per le persone indicate nell'art. 247 c.p.c. e, pur non essendo stata estesa la dichiarazione di illegittimità alla disposizione contenuta nell'art. 421 comma 4° c.p.c., in forza della quale il giudice poteva interrogare liberamente dette persone, tale previsione è divenuta in pratica superflua<sup>566</sup> Per queste persone si è ritenuto che, in linea di principio, il vincolo di parentela non renda le deposizioni inattendibili, oltre tutto perché l'art. 421 c.p.c. consente l'utilizzazione di qualsiasi fonte idonea a contribuire all'accertamento

---

<sup>560</sup> ID., *I poteri istruttori*, cit., 2219.

<sup>561</sup> Cass. 27 ottobre 1990 n. 10385, 27 luglio 1998 n. 7371.

<sup>562</sup> Cass. 29 aprile 1994 n. 416; Cass. 7 giugno 1995 n. 6368.

<sup>563</sup> LUIO, *Il processo del lavoro*, cit., 204; Cass. 16 aprile 1997 n. 3275.

<sup>564</sup> LUIO, *Il processo del lavoro*, cit., 205.

<sup>565</sup> Corte cost. 23 luglio 1974 n. 248, in *Foro it.*, 1984, I, 2220.

<sup>566</sup> VOCINO-VERDE, *Appunti*, cit., 91.

della verità materiale<sup>567</sup>. Resta in vigore, invece, l'art. 246, per il quale sono incapaci di testimoniare le persone aventi nella causa un interesse, che potrebbe legittimare la loro partecipazione al processo, ma in esse non vanno compresi i litisconsorti in cause connesse per identità di questioni<sup>568</sup>, o che comunque abbiano un interesse di fatto ad un determinato esito del giudizio<sup>569</sup>. Per queste persone incapaci di testimoniare vale ancora il disposto dell'art. 421 comma 4° e le loro dichiarazioni, secondo l'opinione prevalente, non hanno valore di prova, costituendo solo elementi, che il giudice, nel suo prudente apprezzamento, valuterà<sup>570</sup>, non potendo a simili risposte riconoscersi una valenza superiore a quella delle risposte rese dalla parte in sede di libero interrogatorio<sup>571</sup>.

**13. Segue. Gli altri mezzi di prova<sup>572</sup> ammissibili d'ufficio.**

La richiesta di informazioni e osservazioni alle organizzazioni sindacali, oltre ad essere disposta ad istanza di parte ex art. 425, può esser disposta anche officiosamente ex art. 421 comma. 2° c.p.c.. Quest' ultima norma dispone che il giudice possa richiedere d'ufficio informazioni ed osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti; l'art. 425 c.p.c. prevede che, su istanza di parte, l'associazione sindacale indicata dalla stessa, ha la facoltà di rendere in giudizio, tramite un suo rappresentante, informazioni orali e scritte. Lo scopo è quello di consentire al giudice di acquisire elementi significativi sul contesto del caso sottoposto al suo esame.

A ciò si fa ricorso specialmente in cause nelle quali sia controversa l'interpretazione di un contratto collettivo, richiedendosi alle organizzazioni sindacali che lo hanno sottoscritto, informazioni circa l'oggetto dibattuto fra le parti e le posizioni dalle stesse assunte nel corso delle trattative

---

<sup>567</sup> Cass. 18 gennaio 1993 n. 557, in *Giur. it.*, 1993,I, 1, 1918.

<sup>568</sup> Cass. 20 novembre 1998 n. 11753; Corte cost. 22 aprile 1980 n. 80, in *Foro it.*, 1980,I, 1246.

<sup>569</sup> Cass. 3 febbraio 1993 n. 1341, in *Giust. civ.*, 1993,I, 2435.

<sup>570</sup> Cass. 8 aprile 1994 n. 3302.

<sup>571</sup> Corte cost. (ord.) 10 dicembre 1987 n. 494, *Riv. dir. Proc.* 1988,812.

<sup>572</sup> Per gli strumenti istruttori non trattati in questa sede, si faccia riferimento a quanto stabilito per il rito ordinario nel par.12 del capitolo precedente.

La parte interessata deve formulare specifica istanza (art. 425, comma. 1° c.p.c.) o, comunque, indicare al giudice l'associazione sindacale alla quale vanno richieste le informazioni, indicando specificamente i quesiti cui debbono riferirsi le informazioni ed osservazioni, essendo ciò necessario affinché il giudice possa valutare la rilevanza o meno dell'oggetto delle medesime e, conseguentemente, disporre l'accoglimento o il rigetto dell'istanza; il giudice non può rivolgere la richiesta ad associazioni diverse da quelle indicate dalle parti.

Poiché la richiesta di informazioni sindacali non rappresenta uno strumento avente istituzionalmente finalità probatorie, le risposte dei sindacati possono fornire al giudice solamente argomenti di prova<sup>573</sup>; esse, cioè costituiscono elementi utili per un chiarimento dei termini della controversia ed elementi di valutazione relativamente a dati fattuali già acquisiti nel processo, in concorso con i quali sono complessivamente valutabili<sup>574</sup>.

Per quanto riguarda la consulenza tecnica, il rito del lavoro ne prevede una disciplina speciale, si tratta di un istituto specificamente menzionato nell'art. 424 c.p.c., tuttavia non si sottrae alle regole previste per il rito ordinario<sup>575</sup>.

La nomina, che può avvenire in qualunque momento dell'udienza, deve garantire il diritto di difesa delle parti, le quali possono a loro volta nominare propri consulenti.

Il particolare rigore del termine di venti giorni per il deposito della relazione scritta è stato mitigato dal ritenuto carattere ordinatorio del termine stesso<sup>576</sup>, dall'affermazione che l'inosservanza del termine produce la nullità della consulenza solo se lede il diritto di difesa<sup>577</sup>, che il vizio è sanato se non è denunciato all'atto della scadenza del termine stesso<sup>578</sup>, che la relativa nullità deve essere fatta valere nel primo atto difensivo o nella difesa immediatamente successiva al deposito tardivo della relazione<sup>579</sup>.

---

<sup>573</sup> Cass. 29 gennaio 1985, n. 526 in *Giust. Civ.*, 1985, I, 1027.

<sup>574</sup> Cass. 15 febbraio 2005, n. 3004 in *Guida al diritto*, 2005, 15, 88.

<sup>575</sup> MONTESANO -VACCARELLA, *Manuale, cit.*, 208. Rinvio a quanto stabilito per il rito ordinario nel paragrafo 12 del capitolo precedente.

<sup>576</sup> Cass. 19 aprile 1983, n. 2698.

<sup>577</sup> Cass. 3 settembre 1981, n. 5037, in *Foro it.*, 1982, I, 745.

<sup>578</sup> Cass. 11 giugno 1980, n. 3751.

<sup>579</sup> Cass. 8 agosto 1989, n. 3647.



A differenza di quanto è previsto nel rito ordinario, al consulente non può essere demandato l'incarico di tentare la conciliazione della lite, non tanto perché il legislatore del 1973 ha affidato tale compito al giudice del lavoro, al pari, peraltro, di quanto è disposto per il rito ordinario, ma per l'evidente disfavore verso forme di conciliazioni, per le quali l'art. 2113 c.c. commina l'annullabilità.

*14. L' "apertura" del giudizio di appello alle eventuali violazioni del giudice di primo grado del dovere di instaurazione del contraddittorio sulle questioni rilevabili d' ufficio poste a fondamento della decisione.*

In appello non sono ammesse nuove domande ed eccezioni, non sono ammessi nuovi mezzi di prova, tranne il giuramento estimatorio, salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa; è salva la facoltà delle parti di deferire il giuramento decisorio in qualsiasi momento della causa ex art. 437, comma 2°, c.p.c..

Tale disciplina del processo del lavoro non si discosta da quella dell'art. 345 c.p.c., per l'appello civile, come risultante dalla modifica della legge di riforma n. 353/1990.

Come per il primo grado anche in appello il problema della flessibilità della domanda è strettamente collegato con quello dell'ammissione dei nuovi mezzi di prova; se si ammette l'una deve conseguenzialmente ammettersi anche l'altra.

Non costituiscono certamente "nuove prove" la riproposizione delle istanze probatorie già effettuate in primo grado e non ammesse; neanche la rinnovazione, totale o parziale, dell'assunzione già avvenuta in primo grado costituisce novità della prova ex art. 356 c.p.c.. La prova può ritenersi nuova quando riguarda un fatto non allegato e provato in primo grado.

In base a questa nozione di "nuova prova" consegue che in appello può modificarsi la domanda (emendatio libelli), così come può modificarsi in primo grado<sup>580</sup>.

---

<sup>580</sup> Per la tesi dell'immodificabilità della domanda in appello, Cass. 13 novembre 2002, n. 15886: "Nel rito del lavoro non è consentito in appello il mutamento della causa pretendi della domanda originaria, neppure qualora essa non determini una trasformazione obiettiva del contenuto intrinseco della domanda stessa, essendo in questa fase precluse le modifiche (salvo quelle meramente quantitative) che comportino anche solo una emendatio libelli, permessa solo all'udienza di discussione di primo grado, previa autorizzazione del giudice e nella ricorrenza dei gravi motivi previsti dalla legge ...".

In primo grado i limiti sono i gravi motivi e l'autorizzazione del giudice ex art. 420, comma 1°, c.p.c., mentre in secondo grado l'indispensabilità della nuova prova ex art. 437, comma 2°, c.p.c.; qualora la domanda sia modificabile in primo grado con allegazione di nuovi fatti secondari, la stessa può e deve modificarsi anche in appello.

L'unica specificazione per il secondo grado è quella relativa alla circostanza che la novità dei fatti e/o delle prove può sorgere, oltre che dal contraddittorio delle parti, anche dalla sentenza; questa circostanza si verifica soprattutto quando il giudice è venuto meno al dovere di richiedere alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari, e di indicargli le questioni rilevabili d'ufficio come previsto ex art. 183, comma 4° c.p.c., e attualmente, dopo la riforma del 2009, ex art. 101 comma 2° c.p.c., che ha sanzionato la sentenza di "terza via"<sup>581</sup> con la nullità, nel caso in cui il giudice abbia posto la questione officiosa a fondamento della decisione senza aver instaurato su di essa il previo contraddittorio delle parti. L'errore compiuto dal giudice di primo grado, impedendo la tempestiva allegazione delle parti conseguente alla questione rilevata officiosamente, rende la sola nullità della pronuncia del giudice un rimedio non sufficiente, poiché non sempre è idonea solo una ridecisione del giudice di appello, ma si rende bensì necessaria una riapertura dei termine a favore delle parti affinché possano porre in essere le allegazioni conseguenti al rilievo officioso che non hanno potuto produrre precedentemente<sup>582</sup>; quindi si ha una sorta di recupero in appello della fase del contraddittorio che il giudice di primo grado erroneamente, venendo meno al suo dovere, non ha concesso ai contendenti. La questione rilevata officiosamente dal giudice del primo grado avrebbe potuto necessitare in prima udienza, una

---

<sup>581</sup> Per la giurisprudenza dominante la sentenza emessa su una questione rilevabile d'ufficio e non sottoposta al vaglio (contraddittorio) delle parti è nulla, Cass. 9 giugno 2008, n. 15194; Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108, che rimette in termini la parte dalle attività che le sono state vietate in primo grado, e se la violazione è avvenuta in secondo grado la Cassazione deve annullare con rinvio e nel giudizio di rinvio si rimetterà in termine la parte; Cass. 21 novembre 2001, n. 14637: "Il giudice, che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio non considerata dalle parti, deve segnalarla alle medesime e consentire loro di eccepire e di argomentare in merito: qualora il giudice decida la controversia sulla base di una questione non previamente sottoposta alle parti, la sentenza è nulla per violazione del principio del contraddittorio (nella specie, la S. C. ha cassato con rinvio la sentenza che aveva deciso di un'opposizione a ordinanza ingiunzione facendo perno sulla questione della sussistenza in astratto del potere sanzionatorio, non sollevata dalle parti né a queste sottoposte dal giudice. Contra Cass. 27 luglio 2005, n. 15705.

<sup>582</sup> LUIO, *Il processo del lavoro*, cit., 171.

modifica, correzione, integrazione delle difese delle parti, come nel caso in cui il giudice abbia rilevato un'eccezione che avrebbe comportato una replica, (come ad es. l'eccezione di nullità contrattuale, avrebbe potuto conseguire ad una modifica della domanda dell'attore ove far valere una responsabilità pre o extra contrattuale, o arricchimento senza giusta causa ecc), oppure se in base ad una diversa interpretazione della norma, che secondo il giudice sarebbe quella corretta, si dia rilevanza a fatti ulteriori rispetto a quelli allegati dalle parti<sup>583</sup>.

*15. I poteri istruttori officiosi in appello ex art. 437 comma 2° c.p.c. e il contraddittorio delle parti verso le nuove prove ammesse d'ufficio.*

L'art. 437 c.p.c. attribuisce al giudice di appello lo stesso potere officioso che gli conferisce l'art. 421 c.p.c. per il primo grado. Quindi si evidenziano in questa fase problematiche della dottrina e della giurisprudenza che si sono prodotte in relazione all'art. 421 c.p.c., come l'annoso dibattito se il giudice possa incontrare nell'esercizio dei propri poteri gli stessi limiti nelle decadenze e preclusioni che incontrano le parti<sup>584</sup>.

Una caratteristica esclusiva del processo di appello è prevista dall'art. 437 comma 2° c.p.c.; non sono ammesse prove nuove, nel senso di un fatto allegato per la prima volta, tranne le prove che il giudice ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa e possono essere ammesse sia officiosamente, sia su istanza di parte.

La nozione di indispensabilità della prova è stata oggetto di un annoso dibattito; secondo un primo orientamento deve intendersi tale la prova relativa ai fatti principali e non ai fatti secondari, che stanno alla base del ragionamento presuntivo<sup>585</sup>; secondo un altro si deve trattare di fatti decisivi<sup>586</sup>; per un altro ancora "un mezzo di prova è indispensabile allorché sia diretto a provare un fatto (ovviamente rilevante) la cui esistenza o inesistenza sia stata dichiarata nella sentenza di primo grado non sulla base del meccanismo probatorio ma sulla base della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova"<sup>587</sup>; infine secondo

---

<sup>583</sup> LUIISO, *Il processo del lavoro*, cit., 288.

<sup>584</sup> Questo dibattito è affrontato nel paragrafo 7 di questo capitolo.

<sup>585</sup> FABBRINI, *Diritto processuale*, cit., 245, 249.

<sup>586</sup> TARZIA, *Manuale*, cit., 233.

<sup>587</sup> PROTO PISANI, *Lavoro (controversie)*, cit., 154.

un ultimo: che la norma in questione esprime "attraverso un termine del tutto atecnico, non già una regola positiva (sommamente opportuna, in una materia così delicata) ma una semplice tendenza alla chiusura dell'appello anche nei confronti dell'attività istruttoria, lasciando alla prassi il compito di individuare i confini di quella chiusura"<sup>588</sup>. Quest'ultima è la soluzione preferibile: una prova, infatti, o è rilevante o è irrilevante, perciò l'espressione usata dal legislatore rappresenta un invito al giudice di appello di moderare l'ammissione di prove nuove sui fatti già allegati in primo grado<sup>589</sup>.

La giurisprudenza ha più volte chiarito che per "indispensabilità" deve intendersi la peculiare efficacia dei nuovi elementi di prova, nel senso che tali si considerano le prove che possano esplicitare una "influenza causale più incisiva" rispetto alle prove in genere ammissibili in quanto "rilevanti", nel senso che si tratta di prove che appaiono idonee a fornire un contributo essenziale all'accertamento della verità materiale, per essere dotate di un grado di decisività e certezza tale che, di per sé sole, quindi anche a prescindere dal loro collegamento con altri elementi di prova e con altre indagini, conducano ad un esito "necessario" della controversia<sup>590</sup>.

Ovviamente (come trattato nel paragrafo precedente) la possibilità della assunzione di nuovi mezzi di prova può derivare anche dall'errore del giudice di primo grado, che abbia basato la decisione della causa su una questione officiosa non sottoposta al previo dibattito delle parti, che perciò avranno in appello la possibilità di produrre prove nuove che non hanno potuto produrre in primo grado, relativamente alla questione rilevata d'ufficio.

L'ammissione di prove per impulso officioso (come stabilito in primo grado), riapre alle parti la possibilità di poter dedurre prove contrarie, in modo che possano contraddire all'iniziativa del giudice entro il termine perentorio fissato dal giudice.

---

<sup>588</sup> MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale*, cit., 270.

<sup>589</sup> LUIISO, *Il processo del lavoro*, cit., 295.

<sup>590</sup> Cass. civ. 19 aprile 2006, n. 9120; Cass. civ. 26 luglio 2012, n. 13353.

CAPITOLO 4) IL CONTRADDITTORIO DELLE PARTI RISPETTO ALL'INIZIATIVA DEL GIUDICE NELLA FASE ISTRUTTORIA DEL PROCESSO SOMMARIO DI COGNIZIONE EX ART. 702BIS E SS. (E CONTROVERSIE REGOLATE SECONDO IL MODELLO DEL PROCESSO SOMMARIO DI COGNIZIONE<sup>591</sup>).

*1. La controversa natura del processo sommario di cognizione; 2. Il contraddittorio delle parti verso le questioni rilevate d'ufficio; 3. Il contraddittorio delle parti verso le prove ammesse d'ufficio; 4. Il contraddittorio delle parti verso le nuove prove ammesse d'ufficio nel processo di appello.*

*1. La controversa natura del processo sommario di cognizione.*

Il processo sommario di cognizione disciplinato dall'art. 702 bis e ss. c.p.c., introdotto con la riforma del 2009, rappresenta uno strumento idoneo a conferire alle parti una decisione equiparabile al rito ordinario, tale da assicurare alle parti, una decisione dotata di efficacia esecutiva e suscettibile di passare in giudicato<sup>592</sup>.

Un punto su cui si è soffermata la dottrina con opinioni talvolta discordanti, è stato quello relativo alla natura di tale procedimento.

---

<sup>591</sup> Il procedimento disciplinato dall' art. 702bis e ss., con l' emanazione del dlgs 150/2011 è stato utilizzato come modello per una serie di particolari controversie, introducendo in ogni singola tipologia di controversia una serie di manipolazioni, al fine di adattarlo al nuovo ambito di funzionamento ed espungendo le norme incompatibili. Le controversie in questione sono: liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato, opposizione a decreto di pagamento di spese di giustizia, controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari, controversie in materia di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari, controversie in materia di espulsione dei cittadini di Stati che non sono membri dell'Unione europea, controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale, l'opposizione al diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché agli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare, opposizione alla convalida del trattamento sanitario obbligatorio, azioni popolari e delle controversie in materia di eleggibilità, decadenza ed incompatibilità nelle elezioni comunali, provinciali e regionali, azioni in materia di eleggibilità e incompatibilità nelle elezioni per il Parlamento europeo, impugnazione delle decisioni della Commissione elettorale circondariale in tema di elettorato attivo, controversie in materia di riparazione a seguito di illecita diffusione del contenuto di intercettazioni telefoniche, impugnazione dei provvedimenti disciplinari a carico dei notai, impugnazione delle deliberazioni del Consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti, controversie in materia di discriminazione, controversie in materia di opposizione alla stima nelle espropriazioni per pubblica utilità, controversie in materia di attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento.

<sup>592</sup> Trib. Varese, ord. 18 novembre 2009.

Alcuni Autori lo hanno considerato come un vero e proprio processo a cognizione piena, senza un' accentuazione dei poteri istruttori del giudice, senza l'utilizzo di fonti di prova atipiche e senza una deformalizzazione dell' assunzione della prova<sup>593</sup>. Per loro, la peculiare struttura semplificata del procedimento, corrisponde al carattere semplificato della controversia che ne è oggetto, nel senso che le questioni introdotte dalle parti, in sede di trattazione, non devono essere complesse, e conseguentemente risulteranno semplificati i mezzi istruttori da raccogliere, come ad es. prove documentali o poche questioni da trattare<sup>594</sup>.

Per queste ragioni è stato ritenuto che l'espressione "procedimento sommario", debba interpretarsi alla stregua di "procedimento semplificato", appartenente all'area della cognizione piena<sup>595</sup>.

Tuttavia, altri Autori, probabilmente riconducibili ad una dottrina maggioritaria, hanno ravvisato la sommarietà nella trattazione e nell'istruzione della causa, le quali risulterebbero ampiamente deformalizzate, differentemente dal rito ordinario, con la possibile assunzione anche di prove atipiche<sup>596</sup>.

Infine un primo orientamento minoritario lo ha considerato come un giudizio fondato su una cognizione effettivamente sommaria ed incompleta, tipica dei processi speciali del libro IV del c.p.c.

## **2. Il contraddittorio delle parti verso le questioni rilevate d' ufficio.**

Nel processo ordinario, ex art. 183 comma 4° c.p.c., il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari, e indica le questioni rilevabili d' ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione; invece nel processo sommario di cognizione nell'art. 702 ter comma 5° c.p.c. si fa menzione del fatto che il giudice "senta" le parti, omettendo ogni formalità non essenziale al contraddittorio, per poi procedere nel modo che ritiene più opportuno alle attività istruttorie rilevanti.

---

<sup>593</sup> CECHELLA, *Diritto processuale civile. Il processo civile dopo venti anni di riforme (1990-2010)*, Milano, 2010, 213.

<sup>594</sup> ID., *Diritto processuale civile, loc. cit.*; ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione, in Judicium.it*, §3.

<sup>595</sup> ARIETA, *Il rito, loc. cit.*

<sup>596</sup> BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione, in Judicium.it*; MINARDI, *Il processo sommario di cognizione, in Altalex.it*; FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati, in Judicium.it*; CARRATTA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell' "istruzione sommaria", prime applicazioni, in Giur. it.*, 2010, 903.

In base a questo riferimento il giudice del procedimento ex art. 702 bis e ss. c.p.c., difficilmente potrà sottrarsi al dovere di collaborazione con le parti sancito dall'art. 183 comma 4° c.p.c., compresa la possibilità per il giudice di disporre l'interrogatorio formale delle parti. Inoltre l'iniziativa officiosa nel processo sommario di cognizione tenderà ad essere maggiore<sup>597</sup> a quella nel processo ordinario di cognizione, perciò il giudice potrà sollecitare le parti a chiarimenti ben più marcati di quelli a cui fa riferimento l'art. 183 comma 4° c.p.c., dando seguito ad un più pregnante potere di direzione ex art. 175 c.p.c.; ed oltre ai chiarimenti in base ai fatti allegati, potrà sollecitare le parti affinché si esprimano tempestivamente ed in modo completo su ogni fatto rilevante, in particolare integrando indicazioni insufficienti circa le allegazioni già acquisite alla deliberazione, e proponendo ogni istanza pertinente o il motivo per il quale non siano in grado di farlo<sup>598</sup>. Questo aiuterà il giudice, sia a vagliare l'idoneità della sommarietà alla deliberazione cui è chiamato, sia a dimensionare in seguito le eventuali rimessioni in termini invocate dalle parti<sup>599</sup>.

Con la riforma del 2009, con l'introduzione dell'art. 101 comma 2° c.p.c., il contraddittorio delle parti sulle questione rilevate d' ufficio è stato notevolmente rafforzato, con la previsione della nullità per la decisione fondata su una questione rilevata officiosamente, non sottoposta al previo contraddittorio delle parti.

### *3. Il contraddittorio delle parti verso le prove ammesse d'ufficio.*

In base all'art. 702 ter comma 5° c.p.c. il giudice sentite la parti, procede nel modo che ritiene più opportuno<sup>600</sup> per gli atti di istruzione probatoria rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto. Come previsto nel rito ordinario, il giudice può procedere all'ammissione officiosa di mezzi di prova, dando però alle parti la possibilità di controdedurre con i mezzi istruttori che si

---

<sup>597</sup> PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, 182.

<sup>598</sup> ID., *Il procedimento*, cit., 305-306.

<sup>599</sup> ID., *Il procedimento*, cit., 306.

<sup>600</sup> In base a questa espressione secondo molti autori il giudice nel processo sommario di cognizione potrà assumere anche prove atipiche o atipicamente assunte, ovviamente nel rispetto del contraddittorio tra le parti e le parti: il giudice BOVE: *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702 bis ss. c.p.c.*, in *Judicium.it*; VIOLA, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, 2010, in *Filodiritto.com*; PORRECA, *op.cit.*, 248 e ss..

rendono necessari in relazione ai rilievi officiosi, le parti perciò potranno chiedere un termine per lo svolgimento di queste attività, come previsto dall' art. 183 comma 8° c.p.c..

Nell'ambito del processo sommario di cognizione la definitiva formulazione dei mezzi istruttori deve avvenire entro l'udienza di prima comparizione, prima della pronuncia dell'ordinanza che provvede su tali istanze<sup>601 602</sup>.

Non vi è dubbio però che alle parti debba essere concesso il potere di compiere nuovi rilievi istruttori in relazione con quelli officiosi dato che in ogni caso il principio del contraddittorio prevale sempre sul principio di preclusione, per cui ogni parte può reagire senza limitazioni alle attività della controparte, nonché ai rilievi del giudice<sup>603</sup>. Inoltre come accade nel rito ordinario, il giudice potrà provvedere a nuovi mezzi istruttori *ex officio*, anche su impulso delle parti, dopo e durante l'istruzione probatoria, qualora lo ritenga necessario<sup>604</sup>.

---

<sup>601</sup> Trib. Varese, 18 novembre 2009.

<sup>602</sup> Contra MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Il Corriere Giuridico*, 2009, 8, 1025, in questo processo non esistono preclusioni e decadenze, pertanto le parti hanno la possibilità, nel corso di tutto il processo, di allegare nuovi fatti, proporre eccezioni in senso lato, proporre nuove istanze istruttorie e nuovi documenti, con il solo limite del rispetto del contraddittorio. Analogamente BALENA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, V, 326. Secondo MINARDI, *Il processo sommario di cognizione*, in *Altalex.com*, 2009, i invece: tutte le preclusioni maturano alla prima udienza. Il legislatore ha introdotto questo speciale procedimento in un periodo storico in cui il processo ordinario consta di una udienza e (eventualmente) tre termini. Nel rito ordinario, già dalla seconda udienza il giudice può procedere all'assunzione delle prove. Si tratta dunque di un procedimento estremamente concentrato. Il processo sommario di cognizione nasce per creare uno strumento di definizione delle controversie ancora più rapido e snello, dunque non può diventare la brutta copia del processo ordinario, visti soprattutto i ristretti tempi assegnati al convenuto. Il principio di preclusione, più o meno stringente a seconda dei casi, riguarda tutti i procedimenti di cognizione disciplinati dal codice di rito. Anche nel procedimento davanti al giudice di pace, pur non essendo sancita una espressa barriera preclusiva, le parti hanno l'onere alla prima udienza di proporre le loro domande, le loro eccezioni e di svolgere le richieste istruttorie, salvo il rinvio ex art. 320 4° comma c.p.c..

<sup>603</sup> BOVE, *Il procedimento*, cit..

<sup>604</sup> Trib. Varese, 18 novembre 2009.



*4. Il contraddittorio delle parti verso le nuove prove ammesse d'ufficio nel processo di appello.*

Nel processo di appello, ex art. 702 quater c.p.c., sono ammissibili nuovi mezzi di prova e nuovi documenti solo nel caso in cui il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione, ovvero nel caso in cui la parte dimostri che non ha potuto proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile. Bisogna precisare che questo articolo è stato modificato dalla l. 134/2012 che ha sostituito il termine “rilevanti” col termine “indispensabili”<sup>605</sup>, ossia prima della riforma del 2012, il giudice poteva ammettere nuovi mezzi di prova qualora li ritenesse semplicemente rilevanti e non indispensabili. Ovviamente anche in appello, in caso di rilievo istruttorio officioso, dovrà esser concesso alle parti la facoltà di controdedurre mezzi di prova contrari, in relazione a quelli officiosi.

Inoltre diventa motivo di appello della decisione di primo grado, il venir meno del giudice, del dovere di richiedere alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari, e indicare le questioni rilevabili d'ufficio come previsto ex art. 183, comma 4° c.p.c., e attualmente, dopo la riforma del 2009, ex art. 101 comma 2° c.p.c., che ha sanzionato con la nullità, la decisione fondata su una questione officiosa non sottoposta al previo contraddittorio delle parti.

Il motivo di nullità della decisione di primo grado, ex art. 101 comma 2° c.p.c., si converte dunque in motivo di appello, visto che le parti non hanno potuto in primo grado proporre i nuovi mezzi di prova e documenti (in relazione a quelli disposti d'ufficio), per causa loro non imputabile come previsto espressamente ex art. 702 quater c.p.c...

L'errore compiuto dal giudice di primo grado, impedendo la tempestiva allegazione delle parti conseguente alla questione rilevata officiosamente, rende necessaria una riapertura dei termini a favore delle parti, affinché possano porre in essere le allegazioni conseguenti al rilievo officioso che non hanno potuto produrre precedentemente; quindi si ha una sorta di recupero in appello della fase del contraddittorio che il giudice di primo grado erroneamente, venendo meno al suo dovere, non ha concesso ai contendenti.

---

<sup>605</sup> Per il concetto di indispensabilità della prova, si veda quanto precisato a proposito del rito del lavoro (par. 15 del cap. 3 della parte 2)

**PARTE III**  
**IL CONTRADDITTORIO DELLE PARTI RISPETTO ALL'INIZIATIVA DEL GIUDICE**  
**NELLA FASE PROCESSUALE DECISORIA.**

CAPITOLO 1) LA NOVELLA DEL 2006 (D.LGS. 40/2006): L'INTRODUZIONE DEL 3°  
COMMA DELL'ART. 384 C.P.C. E IL CONTRADDITTORIO DELLE PARTI RISPETTO  
ALL'INIZIATIVA DEL GIUDICE NEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE.

**Sommario:** **1.** Il divieto dei nova in cassazione; **2.** L'eccezionale ammissibilità di questioni rilevabili in ogni stato e grado del processo; **3.** Poteri cognitivi officiosi e contraddittorio delle parti ex art. 384 comma 3° c.p.c.; **4.** La riserva di decisione dell'art. 384 comma 3° c.p.c.; **5.** La questione rilevata d'ufficio e la rilevazione del p.m.; **6.** La rilevazione della parte in memoria; **7.** La modalità di riserva della decisione; **8.** La violazione della norma; **9.** L'applicazione dell'art. 384 comma 3° alla luce del nuovo art. 101 comma 2° c.p.c.; **10.** Considerazioni critiche riguardo l'art. 384 comma 3° c.p.c..

**1. Il divieto dei nova in cassazione.**

Generalmente le parti non possono sollevare per la prima volta in cassazione, questioni nuove: in generale, nei giudizi di gravame, la loro deducibilità discende da una scelta positiva del legislatore. In tale scelta, sono presenti diversi valori fra loro contrapposti: da un lato, l'esigenza di assicurare la validità e la giustizia della decisione, che richiede la più ampia possibilità di integrazione degli elementi da porre a fondamento della pronuncia; dall'altro, l'esigenza di porre un limite alla possibilità del continuo ampliamento del *thema decidendum* sottoposto al giudice, al fine di garantire un ordinato svolgimento del processo<sup>606</sup>.

In cassazione, generalmente non è consentito sollevare nuovi mezzi di attacco o di difesa<sup>607</sup>: ciò è ricavabile dal fatto che nessuna specifica disposizione attribuisce alle parti il potere di sollevare nuove questioni per la prima volta in cassazione, difatti manca del tutto una disposizione analoga a quella dettata dall'art. 345 c.p.c. per l'appello, che consente ai contendenti di sollevare per la prima volta dinnanzi

---

<sup>606</sup> COMASTRI, *Giudizio di cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, Torino, 2012, 189-190.

<sup>607</sup> BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2004, 1019.

al giudice, nuove questioni rilevabili d'ufficio<sup>608 609</sup>. Ciò impone di dedurre che, per le parti, l'ultimo momento utile per prospettare nuove fattispecie costitutive o formulare nuove eccezioni si colloca nel giudizio d'appello<sup>610</sup>. In cassazione, il tema cognitivo, almeno tendenzialmente, rimane circoscritto al riesame delle sole questioni già sollevate in sede di merito, visto che in cassazione si apre un terzo grado di giudizio, nel quale è quasi naturale che sia privilegiata, sulla garanzia della giustizia della decisione, l'esigenza di cristallizzare il *thema decidendum*<sup>611</sup>.

Il divieto dei *nova*, per il fatto di discendere dal principio di preclusione ai poteri delle parti nel corso del processo, non è assoluto, ma può subire delle eccezioni pur in assenza di un'espressa previsione legale<sup>612</sup>. Nella prassi, infatti, sia pure con orientamenti non univoci, tale divieto viene derogato in almeno due ipotesi fondamentali. La prima ipotesi concerne le sopravvenienze<sup>613</sup>; secondo un indirizzo consolidato della Corte suprema, pur nel silenzio della legge, le parti sono ammesse, nel contesto del terzo grado di giudizio, a compiere le attività processuali che siano giustificate dall'evoluzione della realtà sostanziale extraprocessuale<sup>614</sup>. Il principio di preclusione, di cui è espressione il divieto dei *nova*, cede in tutti quei casi in cui il corrispondente potere processuale non avrebbe potuto essere esercitato dalle parti, in un momento anteriore del processo. In questo senso, nella prassi vengono valorizzati:

a) lo *ius superveniens* entrato in vigore dopo la chiusura della trattazione in sede di merito; se da un lato, la Corte suprema esclude la possibilità di dedurre, in cassazione, nuovi mezzi di attacco o di difesa, resi possibili dalla normativa sopravvenuta, dall'altro lato, è riconosciuto alle parti, il potere di allegare in sede

---

<sup>608</sup> In questo caso, ovviamente, il riferimento alla disposizione di cui all' art. 345 c.p.c. riguarda esclusivamente le questioni pregiudiziali di rito e le questioni preliminari di merito, mentre non gioca nessun ruolo in ordine alla possibilità del rilievo delle nullità della sentenza o del procedimento, che sono per loro natura nuove, e che possono essere sollevate in cassazione anche in assenza di una disposizione come quella dettata per l'appello dal richiamato art. 345 c.p.c.

<sup>609</sup> COMASTRI, *Giudizio di cassazione*, cit., 190.

<sup>610</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

<sup>611</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

<sup>612</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

<sup>613</sup> BOVE, *La corte di cassazione*, cit., 1019.

<sup>614</sup> COMASTRI, *Giudizio di cassazione*, cit., 191.

di rinvio nuove fattispecie ed eccezioni, rese rilevanti dallo *ius superveniens* entrato in vigore dopo la pronuncia di cassazione<sup>615</sup>;

b) i fatti sopravvenuti alla chiusura della trattazione in sede di merito: il problema, essenzialmente, si pone per i fatti estintivi e modificativi sopravvenuti, che incidano direttamente sul fondamento della pretesa<sup>616</sup>.

Dunque pare giustificato ammettere le parti, in deroga al divieto dei *nova*, ad allegare già in cassazione i fatti sopravvenuti dai quali discenda l'estinzione o la modificazione del diritto oggetto della domanda; tale facoltà, peraltro, deve essere coordinata con le condizioni di accesso alla Corte suprema<sup>617</sup>.

La seconda ipotesi di deroga al divieto dei *nova* ricorre nel caso delle c.d. questioni rilevabili in ogni stato e grado nel processo, con riferimento alle quali, secondo il diritto vivente, l'interesse dell'ordinamento alla loro deducibilità prevale su ogni altra esigenza di ordinato svolgimento del processo<sup>618</sup>.

## 2. L'eccezionale ammissibilità di questioni rilevabili in ogni stato e grado del processo.

Un potere di rilevazione officiosa di questioni nuove può essere riconosciuto alla Corte suprema, *extra ordinem*, soltanto in presenza di ragioni di interesse superiore. Esistono circoscritte e determinate questioni attinenti ai presupposti processuali, che l'ordinamento espressamente definisce rilevabili anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo: si tratta, nello specifico, dell'eccezione di giurisdizione e dell'eccezione di litispendenza<sup>619 620</sup>. Rispetto a tali questioni, un'espressa previsione normativa, contenuta nella parte generale del codice, rispettivamente, negli artt. 37 e 39 c.p.c., consente di derogare al divieto dei *nova*, quale è ricavabile dalla disciplina specifica del giudizio di cassazione, con la conseguenza che:

---

<sup>615</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

<sup>616</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

<sup>617</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

<sup>618</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, cit., 192.

<sup>619</sup> Per quanto riguarda l'eccezione di giurisdizione: Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Foro it.*, 2009, I, 806 ss. con nota di POLI..

<sup>620</sup> COMASTRI, *Giudizio di cassazione*, cit., 212.

a) le parti, pur non potendo impugnare la sentenza per omissione di pronuncia sulla questione, non avendola sollevata nei precedenti gradi del giudizio, possono esercitare il proprio originario potere di rilevazione per la prima volta in cassazione<sup>621</sup>. Quindi le parti possono utilizzare, anche in via principale, lo strumento del ricorso per cassazione per sollevare, per la prima volta, l'eccezione pregiudiziale con la finalità di ottenere una sentenza di assoluzione in rito<sup>622</sup>.

b) La Cassazione, anche d'ufficio, è ammessa a rilevare per la prima volta dinanzi a sé le relative questioni, anche nell'inerzia delle parti<sup>623</sup>.

La questione di giurisdizione è espressamente definita rilevabile in ogni stato e grado dalla legge<sup>624</sup>: l'art. 360 comma 1° c.p.c. fonda il motivo di cassazione non sulla violazione delle norme sulla giurisdizione, come in tutti gli altri casi (ad esempio, come nel caso della competenza, ex art. 360, comma 1° n. 2 c.p.c.), ma su motivi attinenti alla giurisdizione<sup>625</sup>. Questa particolare espressione legislativa sembra suffragare, a livello testuale, la tesi che ammette la parte non soltanto a censurare una scorretta decisione o un'omissione di pronuncia sulla questione di giurisdizione (già sollevata), ma pure a rilevare per la prima volta l'eccezione, in assenza di un corrispondente vizio della sentenza impugnata<sup>626</sup>.

Dunque, il ricorso per cassazione può servire, come l'appello, per introdurre nel processo vere e proprie eccezioni di rito nuove, anche in deroga al divieto dei *nova* in sede di legittimità<sup>627</sup>.

Al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, secondo una prassi della Suprema Corte, è possibile individuare ulteriori questioni pregiudiziali rilevabili in ogni stato e grado del processo, nel silenzio della legge<sup>628</sup>. In tal modo si estenderebbe il regime della rilevazione in ogni stato e grado a tutte le questioni pregiudiziali di rito ed ad alcune questioni di proponibilità della domanda, in assenza di una previsione contraria (che riservi alla parte, *in limine litis*, la

---

<sup>621</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

<sup>622</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

<sup>623</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

<sup>624</sup> RICCI, Le sezioni unite cancellano l' art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame, in *Riv. Dir. Proc.* 2009, 1071.

<sup>625</sup> COMASTRI, *Giudizio di cassazione*, cit., 212.

<sup>626</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, cit., 212-213.

<sup>627</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, cit., 213.

<sup>628</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

sollevazione della relativa eccezione)<sup>629 630</sup>. In tal caso occorre che l'interesse dell'ordinamento alla sollevazione della questione sia superiore a quello che sta a fondamento del divieto dei *nova* in cassazione, altrimenti l'impossibilità di sollevare nuove questioni impedisce ogni possibilità di rilevazione officiosa: occorre dunque compiere un bilanciamento di interessi<sup>631</sup>. Ci sono delle ipotesi dove l'interesse alla rilevazione della questione è sicuramente superiore a quello

---

<sup>629</sup> Con riferimento alle questioni processuali, la prassi della Suprema Corte, si muove con una certa sicurezza. Oltre ai profili di inammissibilità e di improcedibilità del ricorso, si ammette il rilievo officioso in sede di legittimità, salva la formazione del giudicato interno: (a) della questione di giurisdizione: si vedano, tra le tante, Cass., sez. III, 7 febbraio 2006, n. 2529, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., sez. III, 26 settembre 2005, n. 18786, in *Mass. Giur. it.*, 2005; (b) della questione relativa all'ammissibilità dell'appello: v., tra le tante, Cass., sez. II, 21 novembre 2006, n. 24681, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass. civ., III, 11 luglio 2006, n. 15698, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., sez. II, 15 maggio 1996, n. 4502, in *Mass. Giur. it.*, 1996; Cass., 27 marzo 1987, n. 2978, in *Mass. Giur. it.*, 1987; Cass., 28 gennaio 1987, n. 797, in *Società*, 1987, 496 con nota di CARAMAZZA; Cass., 14 febbraio 1986, n. 883, in *Riv. legisl. Fisc.*, 1986, 1101; Cass., 25 novembre 1983, n. 7070, in *Mass. Giur. it.*, 1983; Cass., 23 luglio 1982, n. 4305, in *Mass. Giur. it.*, 1982; Cass., 20 gennaio 1982, n. 348, in *Mass. Giur. it.*, 1982, e altre; (c) della questione relativa all'inammissibilità delle domande nuove in appello: v., ad esempio, Cass., sez. I, 21 dicembre 2005, n. 28302, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass., sez. III, 19 febbraio 2004, n. 3321, in *Guida al dir.*, 2004, 56; Cass., sez. III, 17 ottobre 2003, n. 15547, in *Guida al dir.*, 2003, 47; Cass., sez. II, 12 maggio 2003, n. 7258, in *Mass. Giur. it.*, 2003; Cass., 6 giugno 1983, n. 3853, in *Mass. Giur. it.*, 1983; più in generale, per il rilievo officioso dell'inammissibilità dei *nova* in appello: Cass., sez. III, 28 luglio 2005, n. 15810, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass., sez. V, 2 luglio 2004, n. 12147, in *Mass. Giur. it.*, 2004; (d) della questione relativa al difetto di legittimazione delle parti: v., ad esempio, Cass., sez. I, 29 settembre 2006, n. 21192, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., sez. III, 5 luglio 2004, n. 12286, in *Mass. Giur. it.*, 2004; Cass., sez. V, 5 maggio 2003, n. 6787, in *Arch. civ.*, 2004, 410; Cass., sez. II, 5 novembre 2001, n. 13631, in *Foro it.*, 2001, I, 3501; Cass., sez. lav., 6 marzo 2000, n. 2517, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass., sez. lav., 22 aprile 1997, n. 3463, in *Mass. Giur. it.*, 1997; Cass., sez. I, 14 marzo 1995, n. 2924, in *Mass. Giur. it.*, 1995; Cass., 26 settembre 1983, n. 5695, in *Riv. legisl. Fisc.*, 1984, 189; (e) della questione relativa al difetto di interesse ad agire: v., ad esempio, Cass., sez. II, 13 dicembre 2006, n. 26632, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., sez. II, 30 giugno 2006, n. 15084, in *Mass. Giur. it.*, 2006; (f) della questione relativa alla mancata integrazione del contraddittorio ex art. 102 c.p.c.: v., ad esempio, Cass., sez. II, 22 luglio 2003, n. 11415, in *Mass. Giur. it.*, 2003; Cass., sez. II, 30 maggio 2001, n. 7384, in *Mass. Giur. it.*, 2001; Cass., sez. II, 25 maggio 1987, n. 4696, in *Mass. Giur. it.*, 1987; Cass., 7 luglio 1987, n. 5900, in *Mass. Giur. it.*, 1987, e altre; (g) della questione relativa all'esistenza di un giudicato interno od esterno: così Cass., sez. un., 9 agosto 2001, n. 10977, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2002, II, 266 ss. con nota di VOLPINO. Si è aperto un contrasto giurisprudenziale in ordine alla rilevanza e deducibilità in sede di legittimità del giudicato esterno formatosi successivamente alla conclusione del giudizio di merito (v., anche per riferimenti, Cass., sez. V, ord. 17 ottobre 2005, n. 20035, in *Foro it.*, 2006, I, 746 ss.): il contrasto è stato risolto, in senso positivo, da Cass., sez. un., 16 giugno 2006, n. 13916, in *Corr. giur.*, 2006, 1694 ss. con nota di MANZON, che ha affermato che l'art. 372 c.p.c. deve essere interpretato nel senso che è consentito il deposito, unitamente al ricorso, dei documenti comprovanti il giudicato esterno formatosi dopo la conclusione del giudizio di merito. Più in generale, sulla rilevanza d'ufficio in ogni stato e grado del processo del giudicato esterno, rimane fondamentale Cass., sez. un., 25 maggio 2001, n. 226/SU, in *Foro it.*, 2001, I, 2810, con

che impone la cristallizzazione del *thema decidendum* in sede di legittimità<sup>632</sup>. Sono essenzialmente le ipotesi in cui, dalla mancata rilevazione della questione, può derivare un vizio della decisione, che non può essere sanato con il passaggio in giudicato della sentenza, o che espone la pronuncia di cassazione ad ulteriori impugnazioni<sup>633</sup>.

Si tratta delle questioni relative a possibili difetti di presupposti processuali, in grado di reagire sulla stessa esistenza o utilità del futuro giudicato, come le questioni attinenti ai profili della legittimazione delle parti, dell'interesse ad agire, della rappresentanza, i cui difetti possono condurre all'emissione di sentenze inidonee a comporre la controversia, né tra le parti del giudizio, né a maggior conto verso i terzi, aprendo la via ad ulteriori processi; ovvero al profilo attinente all'integrità del contraddittorio, il cui difetto può condurre all'emissione di una sentenza addirittura inesistente<sup>634</sup>.

A queste ipotesi, si possono poi aggiungere le questioni, in cui dal difetto del presupposto processuale, può discendere la possibilità di un'ulteriore impugnabilità della sentenza resa dalla Corte suprema, come ad esempio nell'ipotesi dell'eccezione di precedente giudicato, dalla cui mancata rilevazione

---

nota di IOZZO. Sul tema del rilievo del giudicato esterno in cassazione e dei suoi rapporti con l'onere di deduzione di un motivo di revocazione ordinaria ex art., 395 co. 1, n. 5, c.p.c., si veda, da ultimo, HENKE, *Le violazioni del giudicato esterno tra ricorso per cassazione e revocazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, 505 ss. Pacificamente superato l'indirizzo giurisprudenziale che ammetteva la rilevanza officiosa, per la prima volta in cassazione, delle nullità dell'atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado, sin da Cass., 17 novembre 1979, n. 5968, in *Foro it.*, 1979, I, 2838 ss.; tra le più recenti, v., ad esempio, Cass., sez. II, 3 novembre 2000, n. 14348, in *Mass. Giur. it.*, 2000; l'indirizzo si rifa al principio che impone la rilevazione in sede di appello delle nullità del processo di primo grado, non riguardanti l'ammissibilità della domanda giudiziale, v., ad esempio, Cass., sez. lav., 30 maggio 2003, n. 8762, in *Mass. Giur. it.*, 2003; Cass., sez. I, 14 marzo 2000, n. 2909, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2645, con nota di SALAFIA; Cass., sez. II, 25 gennaio 2000, n. 822, in *Giur. it.*, 2000, I, 1, 2040, con nota di ANGIULI; per il dibattito precedente, MANDRIOLI, *Nullità della citazione introduttiva fatta valere per la prima volta in cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, 627 ss. Per una rassegna più risalente delle questioni giuridiche soggette al rilievo officioso della Corte suprema, rimangono fondamentali CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili: struttura e funzione*, Padova, 1975, 594 n. 73 e RICCI, *L'esame d'ufficio degli impedimenti processuali nel giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. Proc.*, 1978, 418 e ss..

<sup>630</sup> COMASTRI, *Giudizio di cassazione*, cit., 213.

<sup>631</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, cit., 215.

<sup>632</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

<sup>633</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

<sup>634</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..



può discendere la possibilità di impugnare per revocazione la sentenza che definisce il giudizio di cassazione, decidendo nel merito<sup>635 636</sup>.

In tutti questi casi, e in quelli analoghi, l'interesse dell'ordinamento alla sollevazione della questione è massimo, e giustifica una deroga al divieto generale dei *nova* in cassazione<sup>637</sup>. Il rispetto di una preclusione dettata allo scopo di garantire l'ordinato svolgimento del processo, non può costringere il giudice ad emettere una sentenza inesistente o inutile, o ad allungare ulteriormente il processo, consentendo l'impugnazione ulteriore della sentenza resa in esito al giudizio di legittimità<sup>638</sup>.

Secondo questo ragionamento, non dovrebbe esservi spazio, nel silenzio della legge, per l'estensione del regime di rilevazione officiosa in ogni stato e grado nel processo, alle questioni attinenti al merito della controversia, per le quali manterrebbe piena operatività il divieto dei *nova*: di norma, infatti, nessuna questione di merito, neppure se di ordine pubblico, è in grado di reagire sull'esistenza o sul regime della sentenza di merito<sup>639</sup>. Tuttavia, la prassi del giudizio di cassazione sembra contraddire quest'ultima considerazione, nella misura in cui, seppur sporadicamente, ammette la parte a dedurre per la prima volta e/o la Corte suprema a rilevare d'ufficio, in cassazione, alcune questioni attinenti al profilo della proponibilità della domanda o addirittura relative al merito<sup>640 641</sup>.

---

<sup>635</sup> Cass., sez., un., 16 Giugno 2006, n. 13916, in *Corr. giur.*, 2006,1694 ss. con nota di MANZON.

<sup>636</sup> COMASTRI, *Giudizio di cassazione, cit.*, 215.

<sup>637</sup> ID., *Giudizio di cassazione, loc. cit.*

<sup>638</sup> ID., *Giudizio di cassazione, loc. cit.*

<sup>639</sup> ID., *Giudizio di cassazione, cit.*, 216.

<sup>640</sup> Contra LUISO, che ritiene che nel giudizio di cassazione, a differenza dell'appello, non si possano rilevare questioni d'ufficio che riguardino il merito: LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2009, 441. il quale afferma che a differenza dell'appello, in cassazione non sarebbe mai possibile dedurre ulteriori fatti rilevanti per il merito. Ma tale opinione è contestata dalla giurisprudenza, la quale ammette che anche nel giudizio di cassazione possono prospettarsi, oltre che nuove questioni di diritto, anche nuovi temi di contestazione che implicino indagini ed accertamenti di *fatto*, purché tali accertamenti risultino già effettuati dal giudice di merito (Cass., 13 settembre 2007, n. 19164, in *Rep. Giur. it* 2007, voce "Cassazione civile", n. 84). Un esempio di questione di merito officiosa rilevata d'ufficio può essere costituito dal caso del rilievo della nullità del contratto, che può avvenire d'ufficio ai sensi dell'art. 1421 c.c. Altro esempio potrebbe essere fornito da quei casi eccezionali previsti dall'art. 2969 c.c. nei quali anche la decadenza può essere rilevata d'ufficio. Un ulteriore esempio di un fatto sostanziale rilevabile d'ufficio per la prima volta in cassazione, può essere fornito dalla risoluzione per mutuo dissenso del contratto.

<sup>641</sup> COMASTRI, *Giudizio di cassazione, cit.*, 217.

Seppur in taluni casi la giurisprudenza paia effettivamente contraddire frontalmente il divieto dei *nova*<sup>642</sup>, in altri la deduzione o il rilievo officioso della questione apparentemente nuova può essere giustificata senza alcuna necessità di deroga ai principi<sup>643</sup>. Il riferimento è rivolto a talune ipotesi ricorrenti, relative:

- a) alla rilevazione dell'abrogazione dell'illecito tributario oggetto di controversia<sup>644</sup>;
- b) alla sollevazione, anche officiosa, della questione di nullità del contratto<sup>645</sup>;
- c) alla sollevazione dell'eccezione di interruzione della prescrizione<sup>646 647</sup>.

Nel primo caso, seppur la Corte suprema talvolta giustifichi il rilievo in base alla natura di ordine pubblico della questione, nondimeno l'abrogazione della norma incriminatrice attiene al profilo dell'esistenza della disposizione di legge che fonda la pretesa dell'amministrazione<sup>648</sup>. Dunque, il tema dell'abrogazione della norma

---

<sup>642</sup> Si veda, in tema di decadenza del contribuente dal diritto di pretendere il rimborso dei tributi, corrisposti senza titolo, Cass., sez. V, 3 marzo 2005, n. 4597, in *Guida al dir.*, 2005, 30, 70; in tema di assolvimento dell'onere imposto al danneggiato, dall'art. 22 della l. 990 del 1969 di richiedere all'assicuratore il risarcimento dei danni almeno sessanta giorni prima di intraprendere il relativo giudizio, v. Cass., sez. III, 25 agosto 2006, n. 18493, in *Mass. Giur. it.*, 2006; in tema di decadenza dal diritto di chiedere il risarcimento del danno da irragionevole durata del processo ex art. 4 l. 89 del 2001, v. Cass., sez. I, 7 giugno 2006, n. 13287, in *Mass. Giur. it.*, 2006; di decadenza ex art. 47 d.p.r. 639 del 1970, in materia di prestazioni previdenziali, v. Cass., sez. lav., 15 dicembre 2005, n. 27674, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass., sez. lav., 17 agosto 2004, n. 16025, in *Mass. Giur. it.*, 2004; di decadenza del privato dall'istanza di rimborso ex art. 77 d.p.r. 131/1986, v. Cass., sez. V, 3 marzo 2005, n. 4597, in *Guida al dir.*, 2005, 70; di decadenza del privato dell'istanza di rimborso ex art. 38 d.p.r. 602/1973, v. Cass., sez. V, 30 dicembre 2004, n. 24226, in *Mass. Giur. it.*, 2004; Cass., sez. V, 26 settembre 2003, n. 14297, in *Mass. Giur. it.*, 2003; di decadenza al diritto alla prestazione previdenziale ex art. 6 d.l. 103/1991, v. Cass., sez. lav., 1 dicembre 1998, 12141, in *Mass. Giur. it.*, 1998; di decadenza in materia di opposizione di stima alla liquidazione dell'indennizzo da espropriazione, v. Cass., sez. I, 28 maggio 2004, n. 10269, in *Mass. Giur. it.*, 2004; Cass. civ. sez. I, 16 luglio 2003, n. 11127, in *Mass. Giur. it.*, 2003.

<sup>643</sup> COMASTRI, *Giudizio di cassazione*, cit., 218.

<sup>644</sup> Si vedano, ad esempio, Cass., sez. V, 12 febbraio 2001, n. 1945, in *Mass. Giur. it.*, 2001; Cass., sez. V, 27 marzo 2001, n. 4408, in *Mass. Giur. it.*, 2001; Cass., sez. V, 19 giugno 2001, n. 8344, in *Mass. Giur. it.*, 2001; Cass., sez. lav., 3 dicembre 2001, n. 15257, in *Mass. Giur. it.*, 2001.

<sup>645</sup> Tra le pronunce che fanno riferimento alla rilevanza officiosa della nullità del contratto in ogni stato e grado del processo, si vedano, tra le tante, Cass., sez. I, 26 maggio 2006, n. 12627, in *Impresa*, 2006, 1678; Cass., sez. I, 17 marzo 2006, n. 6003, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., sez. III, 17 marzo 2006, n. 5901, in *Contratti*, 2006, 1098; per un caso di rilevazione officiosa, per la prima volta in sede di legittimità, della questione della nullità del contratto, v. Cass., sez. II, 6 dicembre 2001, n. 15476, già citata.

<sup>646</sup> Cass., sez. lav., 30 gennaio 2006, n. 2035, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Foro ti.*, 2005, 1, 2659, con nota di ORIANI.

<sup>647</sup> COMASTRI, *Giudizio di cassazione*, cit., 218.

<sup>648</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc.cit..

incriminatrice può essere ricondotto all'interno della questione preliminare relativa alla fattispecie costitutiva della domanda, potendo essere sollevata dalla parte in sede di coltivazione della questione, ovvero dalla Corte suprema, officiosamente, in sede d'esame della questione relativa al fondamento della pretesa dell'amministrazione<sup>649</sup>.

Negli altri due casi, la sollevazione della questione sembra effettivamente integrare un'ipotesi di rilevazione, per la prima volta in cassazione di una nuova eccezione, in deroga al divieto dei *nova*. Tuttavia, in questi casi, l'eccezione nuova attiene ad un fatto impeditivo, accertato dal giudice di merito, ma non posto a fondamento della decisione<sup>650</sup>.

Quando è devoluta al giudice del gravame, la questione preliminare relativa ad una determinata fattispecie costitutiva, si chiede al giudice superiore di stabilire, mediante un nuovo esame, se l'effetto invocato dalla parte sia o meno sorto<sup>651</sup>. Il riesame della questione, a quel punto, non può avvenire soltanto sulla base dei fatti che la parte che ha invocato la fattispecie aveva l'onere di allegare, ma sulla base di tutti i fatti acquisiti al giudizio, compresi i fatti impeditivi ipoteticamente allegati dalla controparte; perciò l'efficacia paralizzante prodotta *ab origine* dal fatto impeditivo, finisce col rappresentare un profilo interno alla questione preliminare relativa alla fattispecie costitutiva, rilevabile anche d'ufficio in cassazione, senza alcuna necessità di una deroga al divieto dei *nova*, ove tale ultima questione sia stata debitamente coltivata<sup>652 653</sup>.

Dunque, la questione della nullità contrattuale, può essere considerata un profilo interno della questione preliminare relativa al fondamento negoziale della pretesa, così come la questione dell'interruzione della prescrizione un profilo interno alla questione relativa al fatto estintivo, con la conseguenza che entrambe possono essere sollevate per la prima volta in cassazione senza alcuna deroga al divieto dei

---

<sup>649</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc.cit..

<sup>650</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc.cit..

<sup>651</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, cit., 219.

<sup>652</sup> Diverso però è il caso delle questioni attinenti alle fattispecie modificative ed estintive, che introducono un tema logicamente e cronologicamente diverso rispetto a quello della fattispecie costitutiva, ossia se l'effetto originariamente prodotto da quest'ultima si sia successivamente modificato ed estinto; è plausibile, dunque, ipotizzare un regime di rilevazione diverso tra le questioni relative ai fatti impeditivi e quelle relative ai fatti modificativi ed estintivi, sostenendo che la devoluzione della questione preliminare relativa alla fattispecie costitutiva comporti quella del fatto impeditivo, ma non quella delle questioni modificative ed estintive.

<sup>653</sup> COMASTRI, *Giudizio di cassazione*, cit., 219.

nova e senza alcun richiamo al regime della rilevabilità in ogni stato e grado del processo<sup>654</sup>.

### 3. Poteri cognitivi officiosi e contraddittorio delle parti ex art. 384 comma 3° c.p.c..

Dunque, si può affermare che la Corte suprema sia titolare di ampi poteri cognitivi officiosi, non limitati ai profili di ammissibilità e procedibilità del ricorso, esercitabili nell'ambito delle questioni coltivate dalle parti, mediante i motivi di ricorso o la riproposizione delle questioni assorbite, con riferimento alle questioni rilevabili in ogni stato e grado del processo<sup>655</sup>.

L'esistenza di tali poteri, peraltro, implica immediatamente un problema di tutela del contraddittorio, tanto più grave alla luce dei principi costituzionali<sup>656 657</sup>.

La lacuna normativa, che indubbiamente caratterizzava la disciplina del giudizio di legittimità<sup>658</sup>, è stata colmata recentemente, con l'introduzione dell'art. 384,

---

<sup>654</sup> ID., *Giudizio di cassazione, loc.cit.*

<sup>655</sup> COMASTRI, *Giudizio di cassazione, cit.*, 219.

<sup>656</sup> Sul problema dei rapporti tra potere del giudice e contraddittorio, si è formata una vasta letteratura, incentrata il regime della sentenza della c.d. terza via: per la nullità di tale sentenza, LUISSO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza "rivoluzionaria"?*, in *Giust Civ.*, 2002, 1614; sostengono la nullità della sentenza, soltanto in caso di concreta lesione del diritto di difesa, CHIARLONI, *La sentenza "della terza via" in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur.it.*, 2002, 1363 ss.; FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 1987, 784; parla di nullità sanabile, in caso di concreta ininfluenza della violazione del contraddittorio sulla decisione, MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 930; parla di nullità sanabile, per raggiungimento dello scopo. La giurisprudenza, sin da Cass., sez. I, 21 novembre 2001, n. 14637, riconosce viziata la c.d. sentenza della terza via; più recentemente, Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Corr. giur.*, 2010, 352 ss., distingue il caso in cui il rilievo officioso riguardi una questione di puro diritto, rispetto alla quale non potrebbe parlarsi di nullità della sentenza; ovvero riguardi una questione di fatto, o mista di fatto e di diritto, può parlarsi di nullità, quando la violazione del contraddittorio abbia in concreto impedito alla Corte suprema di allegare fatti, chiedere prove o, in ipotesi, chiedere la remissione in termini.

<sup>657</sup> COMASTRI, *Giudizio di cassazione, cit.*, 219.

<sup>658</sup> La gravità del problema del contraddittorio in cassazione è bene evidenziata da PANZAROLA, *Il principio di diritto e la decisione della causa nel merito in Cassazione*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 439 s.; v. altresì BOVE, *La Corte di cassazione*, cit., 1007, il quale giustamente ha rilevato che il problema di garantire il principio del contraddittorio in sede di legittimità non è nato certo oggi, ma era già implicato dalla prassi della correzione della motivazione, da sempre - sia pure nei limiti che abbiamo visto - effettuata officiosamente dalla Corte suprema, ovvero dalla rilevazione officiosa degli impedimenti processuali. Si tratta, dunque, di una problematica in effetti da tempo immemorabile immanente al giudizio di cassazione: MONTESANO, *Su proposte riforme della cassazione e dell'appello civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 751; VACCARELLA, in VACCARELLA, CAPPONI, CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 317. Per un'impostazione limitativa, v.

comma 3° c.p.c., il quale dispone che la Corte suprema, se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione<sup>659</sup>. Oggi, dunque, la Corte suprema, come condizione di legittimità dell'esercizio dei propri poteri cognitivi officiosi, deve disporre a tutela del contraddittorio delle parti, assegnando loro un termine per uno scambio di ulteriori memorie aventi ad oggetto la questione rilevata<sup>660</sup>.

Sul piano dell'ambito di operatività dell'art. 384, comma 3° c.p.c., si può rilevare che, ai fini dell'applicazione della disposizione in esame, il richiamo al rilievo officioso delle questioni, deve essere inteso in senso estensivo, ossia non soltanto con riferimento al rilievo officioso di autonome questioni rilevabili in ogni stato e grado del processo, ma anche al rilievo di nuovi argomenti giuridici, a sostegno delle questioni già sollevate e coltivate dalle parti in cassazione<sup>661</sup>. Infatti, nel primo come nel secondo caso, l'esigenza di tutela del contraddittorio si pone in maniera sostanzialmente non diversa; di conseguenza, non vi sono ragioni, tanto più alla luce del valore costituzionale del contraddittorio, per limitare l'operatività dell'art. 384, comma 3° c.p.c., soltanto all'una o all'altra ipotesi<sup>662</sup>.

Sul piano più strettamente tecnico-processuale, la disposizione dell'art. 384, comma 3° c.p.c., sembra prendere in considerazione il caso in cui la Corte suprema proceda al rilievo officioso della questione all'udienza camerale o pubblica, ossia dopo lo scambio degli atti introduttivi e delle memorie integrative<sup>663</sup>. Tuttavia, il valore inderogabile che sta alla base della disposizione induce a ritenere che il meccanismo di scambio delle memorie debba operare sempre, anche nel caso in cui il rilievo officioso sia segnalato alle parti già nella relazione depositata in vista dell'udienza, oppure in fase di decisione. In altre parole, uno scambio di memorie sulla questione rilevata d'ufficio deve essere assicurato sempre alle parti, a

---

CHIARLONI, *La sentenza della terza via in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* Nota a Cass., sez. III, 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giur.it.*, 2002, 1363 ss.

<sup>659</sup> COMASTRI, *Giudizio di cassazione*, cit., 220.

<sup>660</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, cit., 221.

<sup>661</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

<sup>662</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

<sup>663</sup> ID., *Giudizio di cassazione*, loc. cit..

prescindere dallo stato del procedimento in cui il rilievo sia effettuato dalla Corte suprema<sup>664</sup>.

In secondo luogo, la previsione della disposizione dell'art. 384, comma 3° c.p.c., non è l'unico strumento per assicurare il pieno svolgimento del contraddittorio sul rilievo officioso delle questioni in cassazione. La disposizione richiamata, infatti, disciplina lo strumento indispensabile che la Corte suprema deve utilizzare nel momento in cui essa, effettuato il rilievo, ritenga di poter procedere anche all'esame della questione rilevata, per porla a fondamento della propria decisione (definitiva o di rinvio)<sup>665</sup>. Tuttavia, la Corte suprema, nel caso in cui la questione oggetto di rilievo officioso (e anche in ogni altro caso in cui la questione, a prescindere dal fatto che il rilievo sia stato officioso o meno, non sia stata adeguatamente discussa in sede di merito), richieda un esame incompatibile con il giudizio di legittimità, ha il dovere di disporre la prosecuzione del giudizio presso il giudice del rinvio, al fine di assicurare alle parti uno spazio adeguato per la trattazione e l'esame della questione rilevata d'ufficio in vista della statuizione finale sulla fondatezza della domanda<sup>666</sup>. Nulla impedisce, poi, che i due meccanismi: quello dello scambio delle memorie *ad hoc* previsto dall'art. 384, comma 3° c.p.c., e quello del rinvio al giudice di merito previsto dall'art. 384, comma 2° c.p.c., possano essere attivati dalla Corte suprema congiuntamente ed in successione. Il primo, in sede di rilievo officioso della questione, per stimolare il contraddittorio sui presupposti della decisione della Corte suprema, in ordine alla rilevanza giuridica della questione rilevata d'ufficio e alla conseguente necessità di disporre il rinvio<sup>667</sup>. Il secondo immediatamente dopo, in sede di decisione, per assicurare un'adeguata attuazione del contraddittorio delle parti in sede di esame della questione rilevata d'ufficio<sup>668</sup>.

---

<sup>664</sup> ID., *Giudizio di cassazione, loc. cit.*

<sup>665</sup> ID., *Giudizio di cassazione, loc. cit.*

<sup>666</sup> ID., *Giudizio di cassazione, cit.*, 221-222.

<sup>667</sup> ID., *Giudizio di cassazione, cit.*, 222.

<sup>668</sup> ID., *Giudizio di cassazione, loc. cit.*

#### 4. La riserva di decisione dell'art. 384 comma 3° c.p.c..

Con tale disposizione, il legislatore ha inteso bandire dal giudizio di cassazione la deprecabile eventualità della c.d. “terza via”, contro la quale la dottrina si è da sempre battuta<sup>669</sup>. Si vuole cioè che il giudice decida esclusivamente su questioni che appartengono al contraddittorio dei contendenti, sia che abbiano fatto parte *ab origine* della materia del contendere (e cioè siano state previamente dedotte dalle parti stesse), sia che non avendone fatto parte siano state individuate d'ufficio dal giudice solo al momento della decisione. È per tale seconda eventualità, che il 3° comma dell'art. 384 c.p.c. è stato predisposto.

La funzione dell'art. 384, comma 3° c.p.c. è simile, in definitiva, a quella assolta dall'art. 183, comma 4° c.p.c.<sup>670</sup>, che dispone che nell' udienza di trattazione, il giudice “indica le questioni rilevabili d' ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”, ai fini della tutela del contraddittorio delle parti sulla questione rilevata d'ufficio da porre a fondamento della decisione<sup>671</sup>. Nel giudizio di cassazione, sarà certo immancabile, per effetto della attivazione del meccanismo ex comma 3°, art. 384 c.p.c., la possibilità per le parti di prospettare “argomenti in diritto” suscitati dalla questione rilevata officiosamente<sup>672</sup>. Lo stesso non può dirsi però per le altre attività, eventualmente derivanti dal rilievo officioso e che non siano coerenti con la struttura del giudizio di cassazione; sia perché esigono indagini in fatto che sono precluse alla Corte, sia perché implicano ulteriori allegazioni *in facto* o deduzioni istruttorie, che possono trovare spazio nel giudizio di rinvio. In tal caso, le osservazioni scritte, concesse alle parti dall'art. 384, comma 3° c.p.c., potranno essere anche da loro utilizzate per segnalare la doverosità di un

---

<sup>669</sup> CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, ora in *Formalismo e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino 1995, 177 ss. e soprattutto p. 181 ss.: l'a. mette in guardia contro le decisioni della c.d. “terza via”, affermando però che siffatte decisioni non producono di per sé la nullità della sentenza, ma solo dove abbiano creato un effettivo pregiudizio delle parti.

<sup>670</sup> Analizzato nel cap. 2, parte 2 della presente indagine.

<sup>671</sup> SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 239, secondo cui, “era paradossale che la Corte avendo scelto (a partire da Cass. 21 novembre 2001, n 14637) di cassare per nullità la sentenza di merito fondata su questioni rilevate d' ufficio e non sottoposta al contraddittorio delle parti, non dovesse poi applicare il contraddittorio a sé medesima”.

<sup>672</sup> PANZAROLA, in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile* [vol. 3.1], *Ricorso per Cassazione*, Padova, 2009, 318.

appendice processuale presso il giudice di rinvio<sup>673</sup>. Completamente differente è la situazione nei gradi di merito, dove il dovere di segnalazione preventiva della questione rilevabile d'ufficio, come permette di (anche soltanto) discutere di essa in linea di diritto, così assicura (più ampiamente) alle parti di introdurre nel processo quegli elementi (conseguenziali) che il giudice non può rilevare d'ufficio. Ne sono espressioni tanto le allegazioni in fatto, sino ad arrivare alla proposizione di nuove domande, quanto le relative richieste di mezzi di prova<sup>674</sup>.

##### *5. La questione rilevata d'ufficio e la rilevazione del p.m..*

Nell'art 384 comma 3° c.p.c. si fa menzione di una questione rilevata d'ufficio: può essere rilevata d'ufficio la questione che sia evidentemente rilevabile d'ufficio, in quanto non già rilevata nei gradi inferiori<sup>675</sup>. Inoltre la disposizione dell'art 384 comma 3° c.p.c., alla lettera, richiama la sola questione rilevabile e rilevata dalla Corte, la quale intenda porla a fondamento della sua decisione<sup>676</sup>.

L'eccezione di inammissibilità del ricorso, laddove integri una questione rilevabile d'ufficio, ove sia dedotta dal pubblico ministero<sup>677</sup>, non può più dirsi questione rilevata d'ufficio dalla Corte<sup>678</sup>.

Questa conclusione si compone con il meccanismo procedimentale che figura nella disposizione: la Corte nel riservarsi la decisione, assegna con ordinanza un termine (variabile entro un minimo ed un massimo e decorrente dalla sua comunicazione) per il deposito in cancelleria di osservazioni. I destinatari del precetto, beneficiari del termine per formulare osservazioni, sono le parti ed il pubblico ministero<sup>679</sup>.

Mentre viene additato come la parte tutelata, quest'ultimo non può essere nello stesso tempo, il soggetto che, con la sua condotta, ha creato il presupposto, che a

---

<sup>673</sup> ID., *Commentario, loc. cit.*

<sup>674</sup> ID., *Commentario, loc. cit.*

<sup>675</sup> La distinzione tra rilevanza officiosa della questione, da un lato, e la riesaminabilità della questione (già rilevabile d'ufficio) in effetti rilevata da diverso giudice nei gradi inferiori, dall'altro, è presente anche nella giurisprudenza della Cassazione, (Cass., Sez. Un., 23 maggio 2001, n. 212).

<sup>676</sup> PANZAROLA, *Commentario, cit.*, 320.

<sup>677</sup> BRIGUGLIO, *Pluralità di riti e variazione del rito innanzi alla Corte di cassazione*, in *Il giusto processo civile*, 2007, 510.

<sup>678</sup> PANZAROLA, *Commentario, cit.*, 320.

<sup>679</sup> ID., *Commentario, loc. cit.*



quel bisogno di tutela abbia dato causa; difatti, secondo l'art. 384 comma 3° c.p.c., non lo è, poiché è la Suprema Corte a dover rilevare la questione officiosa<sup>680</sup>.

La soluzione proposta dall'art. 384 comma 3° c.p.c. non è però pienamente convincente, perchè una cosa è dire che il pubblico ministero, in quanto omologato alla parte, è ammesso in Cassazione a rilevare certe questioni (rilevabili d'ufficio) e che può farlo senza che si attivi il meccanismo speciale contemplato dall'art. 384, comma 3° c.p.c.; un'altra cosa è ritenere che, concessogli quel potere, il pubblico ministero possa esercitarlo come e quando creda, senza che mai possa venire pregiudicata l'esigenza di garanzia che è sottintesa alla medesima norma contenuta nell'art. 384, comma 3° c.p.c.<sup>681</sup>.

Il pubblico ministero deduce la sua eccezione in occasione della discussione orale, nel momento ultimo del procedimento di cassazione, come previsto ex art. 379 comma 2° c.p.c.. Gli avvocati delle parti, laddove l'esigenza sorga dalle conclusioni del p.m. (secondo l'art. 379 comma 2° c.p.c.), possono utilizzare lo strumento processuale delle “brevi osservazioni scritte”, previsto ex art. 379, u.c. c.p.c.<sup>682 683</sup>. Tra le due norme (artt. 379, u.c. e 384, comma 3° c.p.c.) dovrebbe sussistere, non una reciproca elisione, ma una sorta di complementarietà<sup>684</sup>. Difatti, quando l'avvocato della parte, che sia pregiudicata dalla eccezione rilevabile d'ufficio e rilevata (non dalla Corte ma) dal p.m. nella discussione orale, chieda di giovare di un termine per “osservazioni scritte”, non sembra un caso che, almeno in una ipotesi<sup>685</sup>, la Cassazione abbia negato l'applicazione del nuovo art. 384, comma 3° c.p.c., sul presupposto che i difensori dei ricorrenti “nulla hanno osservato” riguardo alle conclusioni del p.m. (di inammissibilità del loro ricorso)<sup>686</sup>.

---

<sup>680</sup> ID., *Commentario, loc. cit.*

<sup>681</sup> ID., *Commentario, loc. cit.*

<sup>682</sup> Lo fa, nei “motivi della decisione”, Cass., sez. trib., 23 luglio 2007, n. 16275,; si legge che “all'esito della discussione pubblica, nelle sue requisitorie orali” il p.m. ha concluso per la inammissibilità; ma in ordine ad essa “nulla hanno osservato i ricorrenti (che non si sono neppure avvalsi della facoltà di presentare le *brevi osservazioni scritte* consentite loro dall'art. 379, c.p.c., u.c.)...”.

<sup>683</sup> PANZAROLA, *Commentario, cit.*, 321.

<sup>684</sup> ID., *Commentario, loc. cit.*

<sup>685</sup> Cass., sez. trib., 23 luglio 2007, n. 16275, (“nulla hanno osservato i ricorrenti” rispetto alla eccezione di inammissibilità del p.m.).

<sup>686</sup> PANZAROLA, *Commentario, cit.*, 321.

## 6. La rilevazione della parte in memoria.

Secondo la Cassazione, il nuovo art. 384, comma 3° c.p.c., non si applica quando la questione rilevabile d'ufficio, sia in effetti rilevata dalla parte: la Suprema corte lo stabilisce nonostante la parte coincida con il controricorrente e che l'iniziativa sia assunta unicamente nella memoria<sup>687 688</sup>.

Diversamente dall'ipotesi esaminata nel paragrafo precedente, in questa, adesso, la controparte dispone di uno spazio per difendersi superiore, mentre nella prima, parlando il p.m. per ultimo, non resterebbe al difensore che l'inadeguato rimedio delle "osservazioni scritte" ex art. 379, u.c. c.p.c.<sup>689</sup>; in questa ipotesi invece, gli sarebbe comunque concesso di discutere oralmente della questione, e potrebbe farlo disponendo di un tempo maggiore di quello disponibile nella coda di un' udienza pubblica: ovvero il tempo intercorrente fra il momento del deposito della memoria avversaria, che ospiti l'eccezione rilevabile d' ufficio, e l'effettiva celebrazione della discussione orale di fronte alla Suprema corte<sup>690</sup>. Nonostante non sia granché come spazio per riflettere, è certamente superiore a quello che venga accordato per stendere, direttamente in udienza, quelle osservazioni ex art. 379, alla cui redazione sono riservati non più di alcuni minuti<sup>691</sup>. Si intende al contempo, però, che se la medesima eccezione fosse stata formulata dal controricorrente, anziché in memoria, nel controricorso, la controparte (il ricorrente, nel caso) avrebbe potuto disporre della possibilità di replicare per iscritto prima della udienza <sup>692</sup>. Il contendente che immaginasse l'estensione al caso esaminato (contro l'avviso del Supremo Collegio e ponendo una forzatura all'applicazione della disposizione dell'art. 384 comma 3° c.p.c.), potrebbe aver l'idea di "sanzionare" la tattica di quel difensore che, pur potendo sottoporre in anticipo al contraddittorio dell'avversario, una questione rilevabile d'ufficio,

---

<sup>687</sup> Cass., Sez. Un., 26 marzo 2007, n. 7258.

<sup>688</sup> PANZAROLA, *Commentario, cit.*, 321.

<sup>689</sup> ID., *Commentario, cit.*, 322.

<sup>690</sup> ID., *Commentario, loc. cit.*

<sup>691</sup> ID., *Commentario, loc. cit.*

<sup>692</sup> ID., *Commentario, loc. cit.*

attenda il termine ultimo, concessogli dalla legge, per farlo per iscritto<sup>693</sup>, in modo che l'analogha facoltà di difesa scritta sia oramai preclusa all'avversario<sup>694</sup>.

Così non può, né potrebbe essere, perché diversa è la logica tradizionale che ha ispirato sino ad oggi il giudizio di cassazione<sup>695</sup>, anche se adesso con la nuova disposizione dell' art. 384 comma 3° c.p.c., potrebbe crearsi nel procedimento di cassazione quel margine di elasticità che potrebbe soccorrere le parti, facendo penetrare lo “spirito del contraddittorio” anche nelle “atmosfera rarefatte” che regnano nelle stanze del “Palazzaccio”<sup>696</sup>.

Occasionali aperture provenienti dalla stessa Cassazione lo lasciano sperare<sup>697</sup>, con la nuova norma (art. 384, comma 3° c.p.c.) utilizzata come importante criterio interpretativo, ed utilizzata pur quando la questione da dirimere, era assoggettata *ratione temporis* al cessato regime<sup>698</sup>.

## 7. La modalità di riserva della decisione.

Partendo dal presupposto che la sola ipotesi nella quale può funzionare il meccanismo, previsto nel comma 3° art. 384 c.p.c., sia la rilevazione d'ufficio della questione, ad opera della Corte, al momento della decisione, si intuisce che ne sono determinati anche il tempo ed il modo della “riserva di decisione”, che dovrebbe essere deliberata in accordo con la prima parte dell'art. 380, comma 1° c.p.c.<sup>699</sup>,

---

<sup>693</sup> BRIGUGLIO, *Pluralità di riti e variazione del rito innanzi alla Corte di cassazione*, cit., 510,

<sup>694</sup> PANZAROLA, *Commentario*, cit., 322.

<sup>695</sup> Con le questioni rilevabili d'ufficio sollevabili anche nella udienza di discussione: e quindi - dice LUISSO, *Diritto*, II, cit., 441 — “*a fortiori* nella memoria”.

<sup>696</sup> Salvatore Satta scrisse che quello che si celebra in Cassazione è percepito come un giudizio «dove l'opera del giudice sembra fondersi con quella del legislatore, in un'atmosfera rarefatta, nella quale le parti, i soggetti del dramma, diventano sempre più evanescenti» (SATTA, *Interpretazione di Calamandrei*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 478 ss., spec. 483).

<sup>697</sup> È stato detto, ad es., che nel giudizio di cassazione il giudicato esterno - al pari di quello interno - è rilevabile d'ufficio - anche - quando esso si sia formato successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata; e qualora la produzione del relativo documento - che non incontra ostacolo nel disposto dell'art. 372 c.p.c. (Cass., 5 marzo 2009, n. 5360) - avvenga oltre il termine stabilito dall'art. 378 c.p.c. per il deposito delle memorie, la corte, avvalendosi dei poteri riconosciuti dal nuovo testo dell'art. 584, comma 5°, c.p.c., deve assegnare alle parti un opportuno termine per il deposito in cancelleria di eventuali osservazioni» (Cass., Sez. Un., 16 giugno 2006, n. 13916, in *Foro it.*, 2007, 2, 493).

<sup>698</sup> PANZAROLA, *Commentario*, cit., 323.

<sup>699</sup> SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, cit., 239.

ovvero “dopo la discussione della causa”, “nella stessa seduta”, e nella “camera di consiglio” che vi è prevista. Al contempo, la “deliberazione della riserva di decisione” prenderà il posto della decisione, che il citato art. 380 c.p.c. vuole sia assunta in quella medesima camera di consiglio<sup>700</sup>.

Bisogna chiedersi se esista la possibilità che, in dipendenza della attivazione del meccanismo dell'art. 384, comma 3° c.p.c., si pervenga alla fissazione di una successiva apposita udienza per discutere della questione rilevata d' ufficio<sup>701</sup>. Il testo della norma sembra escluderlo, giacché predispone la modalità con la quale il contraddittorio dovrà svolgersi, menzionando in effetti, le “osservazioni” delle parti<sup>702</sup>. Questo termine, se fosse stato presente da solo, avrebbe potuto avere un impiego polivalente: avrebbe potuto alternativamente denotare le deduzioni formulate a mezzo dello scritto o *verbis*. In questo secondo caso, si sarebbe potuta profilare la esigenza di disporre di un luogo (l'udienza) perché le parti vi dispiegassero oralmente le proprie argomentazioni (conseguenziali alla questione “accesa” officiosamente). Però il comma 3° art. 384 c.p.c., non consente simile conclusione, pur non qualificando espressamente, come altrove fa<sup>703</sup>, il *quomodo* della esternazione delle “osservazioni”, ma è chiaro che il loro carattere scritto viene stabilito dalla restante parte del comma 3° art. 384 c.p.c.: le “osservazioni” debbono essere “depositate” in cancelleria e per poterlo essere, allo stato, non possono che essere vergate *scriptis*<sup>704</sup>.

Nonostante ciò, si può immaginare che questi risultati, attingibili tramite la mera esegesi del testo della norma, possono probabilmente possedere un carattere meramente provvisorio, non men che reversibile<sup>705</sup>. Ciò non dipende dal fatto che sia da escludere una dilatazione nella portata applicativa dell'art. 384 comma 3° c.p.c., tale da rendere necessaria la anticipazione - ad es. sin dal momento della discussione orale con gli avvocati delle parti ed il p.m. - della formazione ed esterriorizzazione della “deliberazione della riserva di decisione” della Corte; o perché, se si giungesse al punto di correlare il comma 3° art. 384 c.p.c. con il

---

<sup>700</sup> PANZAROLA, *Commentario, cit.*, 324.

<sup>701</sup> ID., *Commentario, loc.cit.*

<sup>702</sup> PANZAROLA, *Commentario, cit.*, 324.

<sup>703</sup> Nell'art. 379, comma 4° c.p.c., dove le brevi osservazioni devono essere enunciate “per iscritto”.

<sup>704</sup> PANZAROLA, *Commentario, cit.*, 324-325.

<sup>705</sup> ID., *Commentario, cit.*, 325.

precedente comma 2°, art 384 c.p.c. (dove contempla la decisione di merito), sarebbe bene che il contraddittorio delle parti si estendesse in misura corrispondente (senza essere costretto nelle sole “osservazioni” scritte)<sup>706</sup>. Oltre queste ragioni c'è la possibilità che la Corte di Cassazione possa procedere autonomamente alla elaborazione di uno *stylus curiae*<sup>707</sup>, il quale ben potrebbe coinvolgere - insieme a molti altri, anche questo snodo procedimentale<sup>708</sup>.

#### **8. La violazione della norma.**

E' nulla, per violazione del principio del contraddittorio, la decisione che sia fondata su una questione rilevabile d'ufficio non previamente sottoposta alle parti<sup>709</sup> (secondo la disposizione dell' art. 101 comma 2° c.p.c.). La conversione della nullità in motivi di impugnazione (art. 161, comma 1° c.p.c.) apre il varco, a seconda dei casi, alla proposizione dell'appello o del ricorso per cassazione<sup>710</sup>. Non altrettanto si può dire per la decisione della Corte di cassazione, la quale ponga alla base della decisione una questione simile rilevata d'ufficio (senza previa segnalazione alle parti)<sup>711</sup>. Il tema delle conseguenze della violazione dell'art. 384, comma 3° c.p.c., si intreccia così con il più ampio argomento dei rimedi esperibili contro le decisioni della Cassazione (artt. 391 *bis* e 391 *ter* c.p.c.)<sup>712</sup>. Il vizio segnalato, in quanto tale, non pare riconducibile, né - come ovvio - tra le omissioni o gli errori materiali o di calcolo di cui è possibile la correzione; né all'interno della nozione di “errore di fatto revocatorio”, che abilita alla proposizione della revocazione ex art. 391-bis c.p.c.. Parimenti estranei a tale vizio, sembrano gli altri motivi revocatori richiamati dall'art. 391-ter c.p.c. (in confronto delle decisioni di merito del Supremo Collegio)<sup>713</sup>.

---

<sup>706</sup> PANZAROLA, *Commentario*, cit., 325.

<sup>707</sup> Si veda: *Codice di procedura civile*, a cura di PICARDI, 3° ed., Milano, 2005, *sub* art. 375, spec, n. 3.3. ;PIZZORUSSO e PROTO PISANI, in *Foro it.*, 1987, V, 205 ss. e spec. 211, n. 9.

<sup>708</sup> PANZAROLA, *Commentario*, cit., 325-326.

<sup>709</sup> Cass., 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Giur. it.*, 2006, 1456; Cass., 21 novembre 2001, n. 14637; non contrasta con esse Cass., 5 giugno 2003, n. 8993 (negando soltanto la rimessione della causa in primo grado). Lo si ricavava dall' interpretazione dell'art. 183, comma 4°, c.p.c.

<sup>710</sup> PANZAROLA, *Commentario*, cit., 326.

<sup>711</sup> ID., *Commentario*, loc. cit..

<sup>712</sup> ID., *Commentario*, loc. cit..

<sup>713</sup> ID., *Commentario*, loc. cit..

Pare comunque opportuno considerare la “natura” della questione rilevata d'ufficio e posta a fondamento della decisione della Cassazione, senza essere stata previamente sottoposta al contraddittorio delle parti<sup>714</sup>. A quelle inerenti il “merito”, si affiancano così quelle “processuali”. Non può a tal proposito dimenticarsi, allora, che, in mancanza di un rimedio impugnativo *ad hoc*, esiste un filone giurisprudenziale che tende ad offrire una interpretazione largheggiante del motivo revocatorio previsto all'art. 391 bis c.p.c. (in relazione all'art. 395 c.p.c.), per ricondurvi gli errori *in procedendo* che si verificano nel corso del processo di Cassazione<sup>715 716</sup>.

*9. L' applicazione dell' art. 384 comma 3° alla luce del nuovo art. 101 comma 2° c.p.c..*

Considerata la collocazione della disposizione di cui all'art. 101, 2° comma, nel Libro Primo del c.p.c., il principio espresso ha efficacia generale, per cui deve ritenersi applicabile anche a procedimenti diversi dal processo ordinario di cognizione, nonché ai processi innanzi al giudice contabile, amministrativo e tributario<sup>717</sup>.

Attesa la gravità delle conseguenze dell'omessa attivazione del contraddittorio, è essenziale l'individuazione delle questioni che, se rilevate officiosamente, impongono il comportamento collaborativo del giudice previsto dalle norme richiamate.

La Cassazione sez. III, con recente sentenza n. 15901 del 7 luglio 2009, ha confermato l'orientamento già espresso<sup>718</sup>, con riferimento all'applicazione

---

<sup>714</sup> ID., *Commentario*, loc. cit..

<sup>715</sup> Ne da conto, ad es., LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2009, 462: si nota che è stata ritenuta fondata la revocazione proposta contro una sentenza che aveva deciso nel merito senza avvedersi che vi erano questioni assorbite che lo avrebbero impedito (Cass., 3 maggio 2004, n. 8326; Cass., 8 agosto 2002, n. 11937, in *Giur. it.*, 2003, .1125 con nota di RONCO; PARISI, *Cassazione, sostitutiva e questioni assorbite in appello: rimedio revocatorio?*, in *Corr. giur.*, 2004, 964 ss.); o contro un' altra decisione che aveva omesso di pronunciare sul ricorso incidentale (Cass., 9 settembre. 2003, n. 13147, in *Foro it.*, 2004,1, 108) o che non aveva pronunciato condanna alle spese a favore di una parte che non si era difesa in sede di legittimità (Cass., 28 giugno 2005, n. 13915).

<sup>716</sup> PANZAROLA, *Commentario*, cit., 326.

<sup>717</sup> FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell' istruttoria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 7.

<sup>718</sup> In tal senso, *ex plurimis*, Cass. Civ. 17 luglio 2007, n. 15949, la quale precisa che “Il nuovo comma dell'art. 384 c.p.c. -a norma del quale, ove la Corte di Cassazione ritenga di porre a

dell'art. 384, comma 3 c.p.c., ritenendolo applicabile nelle sole ipotesi in cui la Corte decida il merito della lite e non, invece, nelle altre ipotesi ed in particolare quelle riguardanti l'ammissibilità del ricorso. La Corte afferma che si tratta di lettura imposta dal principio di ragionevole durata del processo, perché la procedimentalizzazione prevista dall'art. 384 c.p.c., comma 3°, se applicata ad ogni questione rilevata d'ufficio, dilaterrebbe ulteriormente i giudizi di Cassazione, già notoriamente lunghi. La fattispecie esaminata rientrava nel regime ante riforma (l. n.69/2009), la Corte avverte, tuttavia, che la soluzione della questione esegetica dell'art 384 c.p.c. dovrà, con ogni probabilità, essere ripensata alla luce del nuovo art. 101, comma 2° c.p.c..

---

fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, deve riservarsi la pronuncia, dando termini alle parti per note - non attiene alle questioni relative alla formulazione del quesito di diritto, imposto a pena d'inammissibilità dall'art. 366 bis c.p.c. (anch'esso introdotto dal D.lgs n.40 del 2006) giacché esse fanno parte *naturaliter* del *thema decidendum* e manca qualsiasi effetto di sorpresa nel rilievo da parte del giudice"; DIDONE, *Note in tema di rilievo officioso di una causa di inammissibilità del ricorso e principio del contraddittorio in Cassazione*, in *Giust. Civ.*, 2008, 5, 1232 e ss.: "Il principio affermato nella massima di cui in epigrafe, peraltro, trova fondamento in un'altra innovazione introdotta nel giudizio di cassazione dal d. lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, il cui art. 12 ha modificato l'art. 384 c.p.c., che, al comma 3, prevede, ora, che la Corte, se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione. Va ricordato, in proposito, che alla luce del nuovo testo dell'art. 111 cost., secondo la migliore dottrina e la stessa Suprema Corte, risultano rafforzati i principi già affermati in passato anche in ordine non solo al contraddittorio sulla valutazione delle risultanze istruttorie, tanto da escludere la possibilità della formazione del giudizio secondo una «terza via», bensì anche e soprattutto in ordine alle questioni rilevabili d'ufficio. Talché sussiste, ora, non più un mero potere discrezionale, bensì il dovere costituzionale del giudice di provocare il contraddittorio delle parti in ordine ad ogni questione, «di rito o di merito, di fatto o di diritto, pregiudiziale o preliminare, che sia dotata di incidenza decisoria», in ogni fase, al fine di evitare la «sentenza a sorpresa», la quale viola la parità delle armi. Proprio alla luce di tale principio la dottrina ha evidenziato che «uno dei vulnera al principio del contraddittorio nel giudizio di cassazione era sicuramente la mancata sottoposizione a contraddittorio delle parti delle questioni rilevate d'ufficio e poste a base della decisione» e che a tale incresciosa situazione il legislatore aveva inteso porre rimedio inserendo nell'art. 384 c.p.c. la norma innanzi richiamata. Norma che ha come corrispondenti l'art. 183, comma 3, c.p.c. nel processo ordinario di cognizione di primo grado e l'art. 12 d. lgs. n. 5 del 2003 quanto al rito societario di cognizione. Una parte della dottrina ha evidenziato che, pur essendo innegabile il notevole valore di principio della disposizione, nondimeno «resta il rischio di una sua scarsa portata pratica, dovuta, da un lato alla residualità dei casi di rilievo officioso di una questione di diritto nuova in sede di legittimità, dall'altro - e soprattutto - al fatto che trattasi di norma priva di sanzione». La sentenza annotata aggiunge un'ulteriore ragione di limitazione della portata della norma argomentando da ciò, che le questioni relative alla formulazione del quesito di diritto, imposto a pena di inammissibilità dall'art. 366-bis c.p.c. nel testo introdotto dall'art. 6 d. lgs. n. 40, cit., fanno parte *naturaliter* del *thema decidendum* e manca qualsiasi effetto di sorpresa nel rilievo da parte del giudice".

Difatti con l' introduzione dell' art. 101 comma 2° c.p.c., dato che la nuova disciplina della fase decisoria è stata collocata tra le disposizioni generali che devono improntare tutto il processo, la previsione dell' art. 384 comma 3° c.p.c. non potrà più essere interpretata restrittivamente come limitata alle sole ipotesi in cui la cassazione decide nel merito, dato che tale disciplina essendo stata collocata tra i principi fondamentali del processo, deve improntarne tutto il suo contenuto<sup>719 720</sup>.

Tale conclusione è condivisa da Consolo<sup>721</sup>, in considerazione della circostanza che proprio con riferimento al giudizio di Cassazione manca la possibilità di una sanatoria a valle della mancata attivazione del contraddittorio, come, invece, è possibile nel primo e nel secondo grado. Ciò impone, secondo l'Autore, la massima “generosità” nell’ accordare alle parti adeguati spazi dialettici.

#### **10. Considerazioni critiche riguardo l' art. 384 comma 3° c.p.c..**

La disposizione del terzo comma dell'art. 384 c.p.c. ha determinato alcuni problemi.

Innanzitutto il raggio di applicazione della norma dovrebbe essere ampliato, nel senso di ritenere applicabile la previsione ivi contenuta, di consentire alle parti di aprire il contraddittorio, non solo sulle questioni rilevabili d'ufficio, ma anche allorché sussistano i presupposti per la decisione della causa nel merito, e negli scritti difensivi delle parti non sia stata considerata tale eventualità. In sostanza, essendo la sede naturale del giudizio rescissorio quella del giudizio di rinvio, il ricorrente può non essersi prefigurata l'altra strada, del tutto eccezionale, del rescissorio fatto direttamente dalla Corte. È per tale motivo che anche in tale

---

<sup>719</sup> Cass. 7 luglio 2009, n. 15901.

<sup>720</sup> Così BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101 comma 2° c.p.c.: sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 415 e in *Judicium.it.*, con cenni critici alla tesi (propugnata da Cass., 7.7.2009, n. 15901, in *Corr. giur.*, 2010, 354, con nota di CONSOLO), secondo cui il cit. art. 384, comma 3° c.p.c., sarebbe invocabile soltanto quando la Cassazione decida anche il merito della causa, ex art. 384 c.p.c..

<sup>721</sup> In nota alla sentenza delle Sez. Unite della Cassazione 30 settembre 2009, n. 20935, in *Corr. Giur.* n.3/2010, 356.



ipotesi appare opportuno invitare le parti ad interloquire su un punto non trattato e che invece costituirà materiale di decisione<sup>722</sup>

L'inottemperanza all'obbligo di cui al 3° comma dell'art. 384, non prevede sanzioni. Ciò diversamente dalla previsione della norma generale dell'art. 101 comma 2° c.p.c., introdotto dalla l. n. 69 del 2009, che commina la nullità per ogni pronunzia fondata su una questione sollevata d'ufficio dal giudice e decisa senza che le parti siano state invitate ad interloquire su di essa<sup>723</sup>. Tutto ciò, oltre a costituire l'ennesima dimostrazione della poca chiarezza delle idee del legislatore sul processo, pone il delicato problema del raccordo fra le due norme, che è difficile risolvere in mancanza di punti di riferimento precisi. Per cui, o si ritiene che la norma generale dell'art. 101 comma 2° c.p.c., che peraltro è posteriore, assorba il comma 3° dell'art. 384 c.p.c., estendendo anche ad esso la sanzione di nullità successivamente introdotta; o si opta invece per considerare la disciplina prevista per la Cassazione, come frutto di una normativa eccezionale legata alla particolarità di tale giudizio, che possa sfuggire alla sanzione di nullità.

Anche se ogni questione rilevabile d'ufficio deve essere sottoposta al previo vaglio del contraddittorio delle parti, non solo in nome delle esigenze necessariamente dialettiche del processo, ma anche per espresso disposto dalla norma positiva, parrebbe però uno sterile omaggio a quello che sapientemente è stato chiamato da Chiarloni "formalismo delle garanzie", il volere ritenere sussistente la nullità per effetto del puro e semplice mancato invito alle parti<sup>724</sup>. Se infatti la questione fosse stata ben decisa dal giudice, ancorché non trattata con il contraddittorio, parrebbe destituita di ogni fondamento, e giustificabile solo in nome di una vuota esteriorità formale, l'idea di volere comminare la nullità *tout court*<sup>725</sup>.

In base a questa interpretazione dottrinale, se potesse essere data anche all'art. 101 comma, 2° c.p.c., ne dovrebbe comunque conseguire che, quantomeno con

---

<sup>722</sup> In tal senso, SASSANI, Il nuovo giudizio di Cassazione, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 238 ss.; CARRATTA, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di CHIARLONI, Bologna, 2007, I, 503 ss.; CARTUSO, in *La riforma del giudizio di cassazione* a cura di CIPRIANI, Padova, 2009, sub. Art. 384, .340.

<sup>723</sup> Fra l'altro non è difficile notare come le due norme prevedano similitudini anche sotto il profilo formale, sia per il meccanismo di innesco del contraddittorio, analogo in entrambi i casi, sia per i termini concessi alle parti per presentare le memorie con le loro osservazioni (da venti a quaranta giorni nel caso dell'art. 101 e da venti a sessanta giorni nel caso dell'art. 384 c.p.c.).

<sup>724</sup> Come già rilevato, l'espressione "formalismo delle garanzie" è felicemente adottata da CHIARLONI, *Formalismo e garanzie*, cit., 174.

<sup>725</sup> CHIARLONI, *loc. cit.*, 180 e ss..

riferimento al giudizio di cassazione, in difetto di sanzione espressa, la nullità della decisione sulla questione officiosa non trattata previo contraddittorio non dovrebbe essere automaticamente predicabile.

Simile conclusione, non solo pare ispirata alle effettive esigenze del processo, senza alcun orpello teorico, ma sembra tenere conto anche le esigenze di funzionalità della Corte, nel senso di risparmiare quest'ultima inviti al contraddittorio su questioni di poco conto, lasciandola libera di scegliere caso per caso quali siano le questioni rilevate d'ufficio, la cui importanza impone l'interlocuzione orale delle parti o non piuttosto la decisione sulla base delle semplici loro osservazioni scritte<sup>726</sup>.

Su tale scia sembra che si sia mossa concretamente la Corte, effettuando la scelta di volta in volta, in riferimento all'importanza e alla singolarità della questione. Così ad esempio essa si è dichiarata disposta ad applicare l'art. 384, comma 3° c.p.c., con riferimento al rilievo dell'eccezione di giudicato esterno prodottosi dopo la conclusione del giudizio di merito, ove il deposito della relativa documentazione sia avvenuto oltre il termine previsto per il deposito delle memorie di cui all'art. 378 c.p.c.<sup>727</sup>, ritenendo invece inapplicabile la norma nel caso di questioni rilevabili d'ufficio, che fossero comunque state dedotte dalle parti nella memoria ex art. 378 c.p.c. o dal procuratore generale all'udienza di discussione<sup>728</sup>.

CAPITOLO 2) LA NOVELLA DEL 2009 (L. 69/2009):  
L'INTRODUZIONE DEL 2° COMMA DELL'ART. 101 C.P.C..

**Sommario:** **1.** Il contraddittorio delle parti rispetto all' iniziativa del giudice nel disegno di legge Mastella; **2.** Il principio del contraddittorio e il nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c.; **3.** L' obbligo del giudice di indicare le questioni rilevabili d'ufficio; **4.**

---

<sup>726</sup> BRIGUGLIO, *Pluralità di riti e variazioni del rito innanzi alla Corte di Cassazione*, in *Il giusto proc. Civ.*, 2007, 501 ss.

<sup>727</sup> Cass., sez. un., 16 giugno 2006, n. 13916, in *Foro it.*, 2007, I, 493 ss.

<sup>728</sup> Con riferimento alla prima ipotesi, in cui la questione rilevabile d'ufficio era stata trattata dalle parti negli scritti difensivi, v. Cass. sez. un., 26 marzo 2007 n. 7258, in *Foro it.*, 2007, I c. 1385 ss., con nota di CAPONI. Riguardo all'altra ipotesi, della deduzione della questione da parte del procuratore generale all'udienza di discussione, Cass., sez. un., 16 novembre 2007, n. 23733, in *Foro it.*, 2008, I, 519 ss.

*La questione rilevata d' ufficio e la portata applicativa dell' obbligo; 5. Tempi e modi del rilievo officioso; 6. I poteri delle parti a seguito della segnalazione; 7. La collocazione sistematica dell' art. 101 comma 2° c.p.c come norma di chiusura e l' ipotesi di riapertura dello spazio difensivo ad ampiezza elastica; 8. Le sanzioni e i rimedi. La nullità o la mera ingiustizia della sentenza; 9. Segue. Il meccanismo della nullità secondo le varie impostazioni interpretative; 10. Segue. La necessità o meno di un pregiudizio per il soccombente, per la configurabilità della nullità e i riflessi di questa sul giudizio di impugnazione; 11. La sanzione di nullità della sentenza come nullità formale o extraformale; 12. La posizione della giurisprudenza; 13. Segue. Una possibile composizione del contrasto giurisprudenziale (riguardo la necessità di un pregiudizio per il soccombente, per la configurabilità della nullità); 14. La violazione del contraddittorio in appello; 15. La violazione del contraddittorio in cassazione; 16. La violazione dei principi regolatori del “giusto processo” ex art. 360 bis c.p.c.; 17. L' art. 101 comma 2° c.p.c. in relazione all' art. 115 comma 2° c.p.c..*

*1. Il contraddittorio delle parti rispetto all' iniziativa del giudice nel disegno di legge Mastella.*

Il 16 marzo 2007, il consiglio dei ministri ha approvato un disegno di legge recante “Disposizioni per la razionalizzazione e accelerazione del processo civile, predisposto dal guardasigilli Mastella. L' art. 14 di tale disegno di legge estende a tutte le fasi del processo, quanto previsto dall' art. 384 comma 3° c.p.c., dato che prevede l' introduzione di una norma contenuta nelle disposizioni generali del c.p.c. e quindi applicabile all' intero processo civile. Si tratta di un ulteriore comma inserito nell' art. 101 c.p.c., ovvero l' art. 101 comma 2° c.p.c., che impone al giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d' ufficio secondo la seguente previsione: “se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti un termine per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”. Tale norma doveva essere coordinata con la novella disposizione dell' art. 183 comma 3° c.p.c., come prevista dall' art 22 del citato disegno di legge, che prevedeva al posto degli attuali (e in vigore pure precedentemente al disegno

di legge Mastella) commi 3° e 4° dell' art. 183 c.p.c. la seguente previsione: “nell'udienza di trattazione il giudice interroga liberamente le parti presenti e, quando la natura della causa lo consente, tenta la conciliazione della lite. La mancata comparizione delle parti senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile dal giudice ai sensi del secondo comma dell'articolo 116. Se la conciliazione non riesce, il giudice chiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”.

Dunque l' art. 14 del disegno di legge era chiaramente rivolto a far fronte ad una situazione patologica: qualora il giudice in fase di trattazione non indichi alle parti le questioni rilevabili d' ufficio, si accorge del mancato rilievo in fase decisoria e quindi deve recuperare in tale fase, ciò che ha omesso di fare tempestivamente<sup>729</sup><sup>730</sup>. La collocazione della novità dell' art. 101 non è quindi “felice”, poiché sembra quasi suggerire che il contraddittorio delle parti sui rilievi officiosi debba attuarsi in fase decisoria e non come ovviamente dovrebbe avvenire, in sede di trattazione<sup>731</sup>.

## **2. Il principio del contraddittorio e il nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c..**

La disposizione dell' art. 14 del disegno di legge Mastella, costituendo l' antefatto dell' attuale art. 101 comma 2° c.p.c., è stata riprodotta quasi specularmente nel comma 13° dell' art. 45 della l. 69/2009, introducendo il citato art. 101 comma 2° c.p.c.<sup>732</sup>. Tale disposizione prevede: “Se ritiene di porre a fondamento della

---

<sup>729</sup> LUISO, *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. Trim. Dir. Proc.*, 2007, 610.

<sup>730</sup> CAPPONI, *Trattazione della causa, ruolo del giudice, cultura del contraddittorio nel d.d.l. Mastella sulle «Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile»*, in *Judicium.it*.

<sup>731</sup> ID., *Trattazione, loc cit.*

<sup>732</sup> Introdotto dall'articolo 45, comma 13°, l. 18 giugno 2009, n. 69, applicabile ai giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della legge. Si vedano, in merito, i *Commenti* di CONSOLOGODIO, in CONSOLO - DE CRISTOFARO, *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009, 'sub' articolo 101*, Milano, 2009; SASSANI-TISCINI, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile, 'sub' art. 101*, a cura di SASSANI-SALETTI, Torino, 2009; RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, 21; GIORDANO, in GIORDANO- LOMBARDI, *Il nuovo processo civile. Commento organico alla legge di riforma del processo civile*, Roma, 2009, 151 ss.; MADRIOLI-CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 31; BOVE-SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, 40; PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 221;

decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”.

Il legislatore ha inteso così, porre un punto fermo sulla questione validità/invalidità della decisione di “terza via”, a fronte dei “disorientamenti giurisprudenziali” sull’art. 183, comma 4° c.p.c.<sup>733</sup>, sanzionando con la nullità della pronuncia la mancata instaurazione del dibattito delle parti sui rilievi officiosi posti a fondamento della decisione. Tale pena di nullità costituisce una novità, poiché non era presente nell’ art. 14 del disegno di legge Mastella, né presente nelle disposizioni degli artt. 384 comma 3° e art. 183 comma 4°, previgenti all’ art. 101 comma 2° c.p.c..

La rilevazione della questione officiosa, nella fase decisoria, nell’ipotesi prevista dalla novella, non può considerarsi fisiologica nello svolgimento del processo, ma piuttosto deve ritenersi un’ipotesi residuale, rispetto alla regola del rilievo alla prima udienza di trattazione, sia in primo grado (art. 183, comma 4 c.p.c.), che in appello (per il generale rinvio, ad opera dell’art. 359 c.p.c. alle norme che disciplinano il procedimento davanti al Tribunale). La novella dell’art. 101 c.p.c.. dovrebbe avere, dunque, un’applicazione eccezionale, destinata ad operare soltanto nei casi di tardiva attivazione del contraddittorio da parte del giudice<sup>734</sup>. Il

---

FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, V, 264; BEATRICE, *Principio del contraddittorio*, in *Nuovo processo civile, Il civilista*, Milano, 2009, 20; CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, 61; BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Judicium.it*; BALENA, *Onere di contestazione delle avverse pretese*, in *Guida al dir.*, 2009, 110; VERDE, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2010, 101; BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio nel rapporto tra parti e giudice*, in *Judicium.it*; LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Judicium.it*; COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 1012 ss.; GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della ‘terza via’*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 826 ss. Per le prime applicazioni giurisprudenziali, Cass. sez. un. 30 settembre 2009, n. 20935, in *Corr. giur.*, 2010, 355, con *Nota* di C. CONSOLO, nonché Cass. 27 aprile 2010, n. 10062, in *Mass. Giust. Civ.*, 2010, 4, 619 e Cass. 30 aprile 2011, n. 9591, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 4, 677.

<sup>733</sup> COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. Dir. Proc.* 2010, 1014 e ss..

<sup>734</sup> CONSOLO, *Le Sezioni unite sulla attivazione del causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. Giur.*, 2010, 361 e ss.

rilievo officioso nella fase decisoria, in altri termini, denuncia una mancanza di dialogo in sede di trattazione tra giudice e parti.

Quanto sia essenziale il dialogo nel processo, lo dimostra il rinnovato interesse per lo studio del contraddittorio, testimoniato dai recenti tentativi di applicare la filosofia del dialogo e delle tecniche di argomentazione retorica al fenomeno processuale<sup>735</sup>.

Non è un caso che dalle logiche del dialogo e dagli studi sulla “giusta decisione” delle cause<sup>736</sup>, si siano creati i presupposti per l' introduzione del nuovo secondo comma dell'articolo 101 c.p.c..

Se è fuori discussione la continuità del disposto con l'articolo 183, comma 4° c.p.c., o con il recente articolo 384 comma 3° c.p.c., è al pari evidente che di passi avanti, con la novella in commento, se ne siano fatti non pochi. Il punto di contatto tra i disposti citati sta nello scopo al quale tendono: l'attuazione di un contraddittorio “effettivo”, esteso all'intero processo e vincolante anche per chi giudica<sup>737</sup>. Se dall'art. 101 c.p.c. ante riforma poteva desumersi una concezione statica del principio, circoscritto alla fase introduttiva del giudizio, e osservato anche se solo virtualmente “possibile”<sup>738</sup>, il nuovo secondo comma del disposto – in sintonia con gli articoli 183 e 384 c.p.c. – dà del contraddittorio una visione dinamica,

---

<sup>735</sup> MANZIN-MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, Milano, 2010; CANTÙ-TESTA, *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Milano, 2006

<sup>736</sup> CAVALLONE, *In difesa della 'veriphobia' (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 1 ss.; TARUFFO, *Contro la "veriphobia". Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 995 ss. In argomento, si vedano altresì TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009; ID., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 476; ID., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice*, a cura di BESSONE, Torino 1997, 139; CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2008, 144; BRACCIALINI, *Spunti tardivi sul giusto processo*, in *Questione giustizia*, 2005, 1208; CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. proc.*, 2003, 36; VERDE, voce *Prova*: I) *Prova in generale*: b) *Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano 1988, 591.

<sup>737</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d' ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo art. 101 comma 2, cod. proc. Civ.*, in *Teoria e storia del dir. Priv.*, V, 2012, 2 e ss..

<sup>738</sup> Favorevoli alla mera ‘possibilità’ del contraddittorio, che consisterebbe in una garanzia di uguaglianza solo formale delle parti: BENVENUTI, voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 738; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 88; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1941, 184; REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1957, 6.

estendendone il contenuto, ben al di là, della rituale citazione della controparte<sup>739</sup>. Evidente è la presa d'atto, che il contraddittorio sia tale, solo se esula dalla disponibilità di alcuno ed effettivamente incide su ogni atto o fase processuale. Favorendo la collaborazione tra giudice e parti<sup>740</sup>, l'articolo 101, comma 2° c.p.c. si pone in continuità ideale con gli altri disposti menzionati, nel tentativo di promuovere la civiltà giuridica<sup>741</sup>, e di avvicinare il processo al suo modello costituzionale, dato che con il contraddittorio e per il suo tramite, si salvaguarda l'eguaglianza sostanziale dei contendenti, si preserva il diritto di difesa e, con questo, la garanzia di verità<sup>742</sup> a tutela delle parti. L'attivismo crescente del giudice, e il conseguente incremento dei poteri officiosi, anche al di là della conduzione formale del processo, impongono la fissazione di argini a garanzia delle parti<sup>743</sup>. La decisione solitaria sulle questioni rilevate officiosamente, andrebbe ad impedire lo svolgimento delle attività processuali di allegazione e di prova, va a minare la parità delle armi, agevolando la posizione dell'una o dell'altra parte, e rischia di allontanare il processo da quella "giusta decisione"<sup>744</sup> che è il suo sbocco naturale e costituzionalmente necessitato.

<sup>739</sup> Sulla concezione dinamica ed effettiva del contraddittorio, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1957, 229, per il quale "il principio del contraddittorio deve essere rispettato non solo formalmente, ma sostanzialmente, in modo che a entrambe le parti sia garantita la possibilità di svolgere pienamente la difesa delle proprie ragioni e devono considerarsi incostituzionali le norme che non lo rispettano". Similmente, CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 100; DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 223; NASI, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, 1973, 1087. Più di recente, . CAPONI, *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di CIVININI-VERARDI, Milano, 2001, 281.

<sup>740</sup> In argomento, GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580. Si vedano anche . CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. Proc.*, 1950, 23 e CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 101. Significativa, sul tema, è la recente Cass. sez. un. 21 ottobre 2009, n. 22238, che ha previsto la necessità di un'audizione effettiva del minore nell'ambito del giudizio di separazione personale dei genitori.

<sup>741</sup> In merito, CALOGERO, *Logo e dialogo*, Milano, 1950; CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 63.

<sup>742</sup> Per l'espressione 'garanzia di verità' si rinvia a FERRAJOLI, *L'etica della giurisdizione penale*, in *Questione giustizia*, III, 1999, 489, nonché a ID., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, 31. Sul tema, si rinvia anche agli studi di CAVALLA, *A proposito della ricerca della verità nel processo*, in *Verifiche*, XIII, 1984, 469.

<sup>743</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 2 e ss..

<sup>744</sup> Sul tema, TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, nonché ID., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 476. Si confrontino anche le riflessioni di CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2008, 144.

Se la ratio dell'articolo in commento va, pertanto, a coincidere con quella che anima i disposti già esistenti, non mancano gli elementi innovativi del testo di riforma. Mentre, nel passato remoto e in quello prossimo, si discuteva sulla natura doverosa o meramente discrezionale dell'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio, sembra che la novella abbia posto fine alla "querelle", consacrando l'obbligo del giudice di suscitare il dibattito su quanto rilevato<sup>745</sup>. Altrettanto significativa appare la locuzione "a pena di nullità", che risolverebbe anche il problema della sanzione comminabile, tanto discusso in dottrina. L'attribuzione alle parti, della facoltà di difendersi depositando "memorie contenenti osservazioni", scioglierebbe la matassa sul come debbano essere svolte le attività processuali connesse alla questione rilevata<sup>746</sup>.

In via preliminare non si possono non segnalare alcuni difetti, non forieri di reali problemi, ma che con un minimo di attenzione si sarebbero potuti senz'altro evitare. Il più evidente ed immediato, è che la norma chiaramente riferita alla fase decisoria, è infelicamente collocata nella parte del codice dedicata ai principi generali<sup>747</sup>; ciò che è infelice non è però la collocazione, che è anzi sacrosanta, bensì la formulazione. Dato che in questione c'è un principio generale, sarebbe stato necessario affermarlo in termini chiari ed inequivoci (sancendo che il giudice non può, a pena di nullità, fondare la decisione su alcuna questione sollevata d'ufficio, se su di essa le parti non siano state poste in grado di contraddire, o formule equivalenti), e lasciare poi al normale *iter* processuale la sua attuazione (o tutt'al più, inserire ulteriore specifiche previsioni nell'ambito della disciplina processuale)<sup>748</sup>. Il legislatore, invece, ha fatto esattamente il contrario: non si è preoccupato di affermare il principio, ma ne ha regolato esclusivamente una delle modalità di attuazione, oltretutto in modo improprio, data la collocazione di tale regolamentazione nella parte generale<sup>749</sup>. Pure se il principio traspare ugualmente, rimane però meramente sottinteso, testimoniando in modo evidente una tecnica legislativa approssimativa e il medesimo difetto è riscontrabile nel precedente art.

---

<sup>745</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 2 e ss..

<sup>746</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 2 e ss..

<sup>747</sup> FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *Rassegna Forense*, Milano, n. 3-4, 2011, 551.

<sup>748</sup> ID., *Il contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, loc. cit..

<sup>749</sup> ID., *Il contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, loc. cit..



384, comma 3° c.p.c., che la novella del 101 riprende pressoché letteralmente<sup>750</sup>. Anche riguardo la precedente norma, non si capisce infatti per quale ragione, anche volendo introdurre il principio con riferimento esclusivamente al giudizio di cassazione (cosa peraltro a sua volta assurda, risultando totalmente privo di senso che il contraddittorio risulti più o meno tutelato a seconda del grado di giudizio), anziché affermarlo senz'altro, lo si sia fatto in via indiretta ed implicita<sup>751</sup>.

Inoltre è necessario osservare che la norma, proprio in quanto riferita alla fase decisoria, lascia per così dire scoperto tutto il precedente svolgimento del processo, che invece sarebbe la sede nella quale dovrebbe elettivamente svolgersi il contraddittorio rispetto ai rilievi officiosi<sup>752</sup>. L' emergere della questione in sede decisoria, rappresenterebbe solo l'ultima *ratio*, una sorta cioè di meccanismo residuale, destinato ad attivarsi solo laddove, per un qualche motivo, non abbia funzionato quello ordinario<sup>753</sup>.

Infine è necessario evidenziare che la norma, in quanto contempla, quale unica forma di contraddittorio (allorché la questione emerga in sede decisoria), l'assegnazione di un termine per una sola memoria, ed in quanto sembrerebbe dunque imporre sempre e comunque tale modello, risulta in realtà eccessivamente rigida. Altre soluzioni non dovrebbero escludersi, sia nel senso di prevedere non una, bensì due memorie, in modo da consentire le repliche; sia nel senso di sollecitare, successivamente alle memorie, in alternativa ad esse o preliminarmente alle medesime, a seconda di ciò che le concrete circostanze possano suggerire, un contraddittorio orale, laddove si riveli in base alla concreta esperienza, la modalità più efficace<sup>754</sup>. Peraltro la norma conferma in modo inequivocabile, che il rilievo officioso non incontra preclusioni, in caso contrario, laddove esso fosse soggetto ai medesimi limiti temporali di quello delle parti, la possibilità di replica di queste ultime non necessiterebbe di alcuna espressa previsione<sup>755</sup>.

---

<sup>750</sup> ID., *Il contraddittorio e questioni rilevabili d' ufficio*, loc. cit..

<sup>751</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso* loc. cit..

<sup>752</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso* loc. cit..

<sup>753</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso* loc. cit..

<sup>754</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, cit.. 552.

<sup>755</sup> D., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, loc. cit..

### 3. L'obbligo del giudice di indicare le questioni rilevabili d'ufficio.

E' sempre stato oggetto di discussione, se l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio costituisca l'oggetto di un obbligo<sup>756</sup> o di una mera facoltà discrezionale<sup>757</sup> di chi giudica.

L'assenza di ogni espressione imperativa nell'articolo 183, comma 4° c.p.c., il cui tenore non è stato scalfito dalle recenti riforme, e il riferimento all' "opportunità" della trattazione, inducevano ad escludere che il giudice dovesse sottoporre all'

<sup>756</sup> Sono favorevoli alla tesi dell'obbligo: LEONE, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Bari, 1942, 39; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, 82; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 70; GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 591 testo e nt. 22; ID., *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1993; DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, 217; FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinati*, XXXIII, 1984, 5; ID., *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1988, 783; CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e 'formalismo delle garanzie'*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1987, 575; ID., *Le Riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 182; ID., *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1999, 410; ID., *La sentenza 'della terza via' in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, I, 1363; MONTESANO, *Su alcuni problemi del processo civile*, in *Temi*, 1967, 484; ID., *Le prove atipiche nelle presunzioni e negli argomenti del giudice civile*, in *Riv. dir. Proc.*, 1980, 237; ID., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di 'terza via'*, in *Riv. dir. Proc.*, 2000, 932; MONTESANO - ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Torino, 1991, 36; VERDE - DI NANNI, *Codice di procedura civile*, Torino, 1993, 162; TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo civile di cognizione*, Milano, 1996, 163; MARELLI, *La trattazione della causa nel sistema delle preclusioni*, Padova, 1996, 44, nt. 55; LUISO, in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di CONSOLO - LUISO - SASSANI, Milano, 1996, 147; COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996, 108; ID., voce *Contraddittorio (principio del)*, *Aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1997; ID., *Etica e tecnica del 'giusto processo'*, Torino, 2004, 71; ID., *'Terza via' e processo 'giusto'*, in *Riv. dir. Proc.*, 2006, 755; CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, 7; LANFRANCHI, voce *Giusto processo (proc. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2001, 11; CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 100; LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza 'rivoluzionaria'?*, in *Giust. civ.*, 2002, 1612; CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, 108; PICARDI, *'Audiatur et altera pars'. Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. Proc. civ.*, 2003, 7; ID., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2008, 247; FABIANI, *Rilievo d'ufficio di 'questioni' da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006, 3178; CONSOLO, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della 'terza via': conseguenze*, in *Corr. giur.*, 2006, 508; P. SANDULLI, *I nuovi percorsi della tutela. Riflessioni in materia di processo civile*, Roma, 2006, 407; GIORDANO, *La sentenza della 'terza via' e le 'vie' d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una 'terza soluzione' del giudice civile*, in *Giur. it.*, 2009, 910. Per la giurisprudenza: Cass. 9 giugno 2008, n. 15194, in *Giur. it.*, 2009, 910; Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Procedimento civile*, n. 235; Cass. 5 agosto 2005, n. 16577, in *Foro it.*, 2006, I, 3174; Cass. 21 novembre 2001 n. 14637, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Procedimento civile*, n. 249.

attenzione delle parti, le questioni rilevabili d'ufficio<sup>758</sup>. Inoltre, in mancanza di una sanzione espressa, era più facile parlare di moralità positiva, che di diritto cogente<sup>759</sup>.

Tuttavia, un'interpretazione letterale della normativa si poneva in contrasto con il dettato costituzionale secondo gli art.3, 24 e 111 Cost..

Individuando nel contraddittorio lo scopo del disposto, si imponeva, già allora, un rovesciamento del tenore testuale, tale da far leggere "indica" come "deve indicare" e l' "opportunità" quale vera e propria 'necessità'<sup>760</sup>.

Con la legge di riforma, non può che uscire rafforzata la tesi dell'obbligo<sup>761</sup>: la menzione espressa della nullità, quale conseguenza di una decisione "a sorpresa", e la previsione di un termine a difesa delle parti, costituiscono indizi gravi e concordanti della volontà del legislatore. Non avrebbe senso, difatti, la nullità testuale né la predisposizione di una tecnica rimediale *ad hoc* se si intendesse l'apertura del dibattito alla stregua di una mera facoltà<sup>762</sup>.

L'ordinamento italiano si avvicina, così, all'ordinamento processuale francese, che, all'articolo 16, n. c.p.c.<sup>763</sup>, impone anche al giudice il rispetto del principio del contraddittorio e dispone che quest'ultimo, non possa fondare la sua decisione sui mezzi di diritto che ha rilevato d'ufficio senza aver previamente invitato le parti a presentare le loro osservazioni<sup>764</sup>. Altrettanto contiguo è il nuovo disposto al paragrafo 139 ZPO tedesca, che obbliga il giudice a sottoporre al contraddittorio

---

<sup>757</sup> Ritengono che l'art. 183, comma 4° c.p.c. sia espressione di una facoltà del giudice: D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, I, Torino 1951, 265; CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, 334; ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, III, Torino, 1966, 79; PAJARDI, *Della trattazione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di E. Allorio, II, Torino, 1980, 571; ANDOLINA - VIGNERA, *Il modello di costituzionalità del processo civile italiano*, Torino, 1990, 162; TARUFFO, *Le preclusioni nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 296.

<sup>758</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 11 e ss..

<sup>759</sup> BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 131, 134; ID., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, 147.

<sup>760</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 11 e ss..

<sup>761</sup> Concorde è, sul punto, la dottrina che si è recentemente occupata del tema (si veda, in particolare, FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, V, 266 ).

<sup>762</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 11 e ss..

<sup>763</sup> Così, l'articolo 16 del nuovo codice di procedura civile francese : «le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations».

delle parti qualsiasi questione di fatto o diritto su cui intenda fondare la pronuncia<sup>765</sup>. Anche se, in forza dei precetti costituzionali, il contraddittorio è di per sé vincolante; sta al legislatore ordinario fornire ai primi un'attuazione completa<sup>766</sup>, stabilendo dove finisce la libertà del giudice, perché inizi quella delle parti. Parlare in termini di nullità e di strumenti rimediali obbligati aiuta a fugare ogni dubbio, prevenendo gli abusi di ciò che, pur non essendo arbitrario, tale potrebbe diventare<sup>767</sup>.

#### 4. La questione rilevata d'ufficio<sup>768</sup> e la portata applicativa dell'obbligo.

Nell' art. 101 comma 2° c.p.c., è presente l' inciso: “questione rilevata d' ufficio”: si tratta di una “questione” che il giudice ritiene di porre a fondamento della decisione, e che, non essendo stata precedentemente oggetto di discussione, dovrà essere sottoposta all' attenzione delle parti. Inoltre deve essere suscettibile di esser “rilevata” d'ufficio, ed essere posta “a fondamento” della decisione.

---

<sup>764</sup> Sull'art. 16 nouv. cod. proc. civ. fr. e sulla sua portata nel processo francese, GUINCHARD - FERRAND, *Procédure civile*, Paris, 2006, 621; COUCHEZ, *Principe de la contradiction*, in *Juris classeur de procédure civile*, 1998, 12, nonché RAYNAUD, *L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction*, in *Mélanges Hébraud*, 1981, 917 e BENABENT, *L'art. 16 n.c.p.c. version 1981*, in *Dalloz*, 1982, chron., 55.

<sup>765</sup> Così il § 139, comma 2: «Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien» («il giudice può basare la sua decisione su una questione che una parte chiaramente non ha notato o ha considerato irrilevante, solo se, a parte il caso di questioni secondarie, il giudice abbia espressamente richiamato l'attenzione della parte sul punto, concedendole la possibilità di esprimersi in merito. Lo stesso deve dirsi per una questione che il giudice abbia considerato in modo differente rispetto a quanto abbiano fatto le parti»). Si vedano, in merito, STEIN - JONAS, *sub* § 139, in *ZPO Kommentar*, IV.I, Tübingen, 2008; ROSENBERG, *Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes im Zivilprozess*, in *ZZP*, XL, 1925, 38, 68; ID., *Zivilprozessrecht*, München, 1961, 296; SCHNEIDER, *Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139)*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1968, 721; ZÖLLER, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, München, 1968, 249.

<sup>766</sup> Sul tema, di recente, P. SANDULLI, *Il diritto alla tutela giurisdizionale alla luce della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948*, in *Riv. dir. Proc.*, 2009, 381. Si veda anche BASILE, *Le riforme del processo: il giardiniere incostante e i suoi trapianti. (Alla radice di uno sradicamento)*, in *Corr. giur.*, 2010, I, 134, che si è chiesto se i primi cinque commi dell'art. 111 Cost. possano essere di diretta applicazione giurisdizionale o se costituiscano, piuttosto, ‘canoni nomotetici’ per il legislatore ordinario.

<sup>767</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 11 e ss..

<sup>768</sup> Per una più puntuale analisi sulle questioni rilevabili d'ufficio, si veda il cap. 1, parte 2, della presente indagine.

A primo impatto, è evidente che la sollecitazione alle parti dovrebbe essere limitata alle sole questioni preliminari o pregiudiziali<sup>769</sup>, strettamente intese<sup>770</sup>. Secondo un'altra dottrina doveva esser limitata alle sole questioni di fatto<sup>771</sup> o di diritto<sup>772</sup>, e per un'altra dottrina ancora, doveva esser talmente estensiva<sup>773</sup> in modo tale da ricomprendervi tutti i punti controversi della lite.

La restrizione dell'ambito applicativo dell'art. 183 comma 4° c.p.c. alle sole pregiudiziali veniva giustificata dall'idoneità di queste, e di queste sole, a costituire oggetto di un'autonoma pronuncia, conducendo, in tal modo, ad una definizione immediata della causa<sup>774</sup>. Si argomentava, così, che la segnalazione della questione alle parti sarebbe stata necessaria, solo laddove la stessa avesse potuto di per sé incidere sulle sorti della sentenza; ove, invece, si fosse trattato di questioni diverse dalle preliminari, il giudice avrebbe potuto liberamente valutare l'opportunità dell'apertura del dibattito<sup>775</sup>.

Tuttavia una lettura di questo tipo non può essere seguita, ciò è evidente se si pensa, ad esempio, al caso nel quale: avendo le parti disputato di un risarcimento del danno in chiave esclusivamente contrattuale, il giudice ritenga viceversa che esso debba essere ascritto all'ambito extracontrattuale, con conseguente diverso onere della prova in punto di elemento soggettivo ed inoltre possibile assunzione di rilevanza di elementi di fatto ulteriori, rispetto a quelli sino ad allora oggetto del dibattito processuale; od a quello implicante novità analoghe, nel quale, avendo le parti disputato del medesimo risarcimento esclusivamente nella prospettiva dell'applicabilità dell'art. 2050 c.c.(o di uno degli articoli seguenti), il giudice ritenga viceversa l'applicabilità dell'art. 2043 stesso codice<sup>776</sup>. Nelle siffatte ipotesi,

---

<sup>769</sup> DENTI, *Questioni*, cit., 217; CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 105.

<sup>770</sup> FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, cit., 553.

<sup>771</sup> Si veda, in tema, la critica di DENTI, *Questioni*, cit., 217 ss., alla tesi prospettata da GRASSO, *La collaborazione*, cit., 591, 608.

<sup>772</sup> GRASSO, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione di primo grado*, in *Riv. dir. Proc.*, 1992, 726. Per un'interpretazione favorevole alla distinzione tra questioni di merito e questioni processuali, si veda, di recente, COSTANTINO, *Questioni*, cit., 1015.

<sup>773</sup> In questo senso, FERRI, *Contraddittorio*, cit., 5; ID., *Sull'effettività*, cit., 783; COMOGLIO, *Riforme*, cit., 108; ID., voce *Contraddittorio*, cit.; ID., *Etica e tecnica del 'giusto processo'*, Torino, 2004, 71; ID., *'Terza via'*, cit., 755 ss.; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 99; CIVININI, *Poteri*, cit., 1; FABIANI, *Rilievo*, cit., 3174; CONSOLO, *Questioni*, cit., 508.

<sup>774</sup> DENTI, *Questioni*, cit., 217.

<sup>775</sup> CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 105, 118.

<sup>776</sup> FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, cit., 553.

per il rispetto del principio costituzionale del “giusto processo”, le parti devono aver diritto di conoscere preventivamente l’orientamento del giudice, in modo da poter adeguare la propria linea di attacco o di difesa<sup>777</sup>.

Altra dottrina, poi, prediligeva il distinguo tra questioni di fatto e di diritto, non mancava chi propendesse per la totale esclusione dalle ‘questioni’ delle ‘eccezioni in senso lato’<sup>778</sup>, pervenendo ad uno svuotamento del contenuto dell’obbligo.

Nondimeno, già allora poteva eccipirsi che non è dato distinguere ove manchi distinzione nel dettato normativo e che appare indisponibile il diritto di difesa al di fuori della procedura aggravata di revisione costituzionale. L’ampia portata dell’articolo 101, comma 2° c.p.c. che parla di “questione rilevata d’ufficio” senza connotarla in alcun modo, sembra confermare ciò che già discendeva dai principi costituzionali<sup>779</sup>.

È, del resto, difficile stabilire se una questione sia di fatto o di diritto<sup>780</sup>, ed è ancora più complesso distinguere tra questioni rilevabili d’ufficio ed eccezioni in senso lato. Espungere, poi, queste ultime dalla portata applicativa del disposto potrebbe comportare – in un sistema processuale che riferisce le preclusioni alle sole eccezioni in senso stretto – l’impossibilità delle parti di replicare ad un’eccezione in senso lato, magari rilevata in sede di appello<sup>781</sup>. Lo stesso ampliamento dei limiti oggettivi del giudicato, che coprirebbe – secondo recente giurisprudenza – i presupposti processuali<sup>782</sup>, gli accertamenti di fatto impliciti alla sentenza<sup>783</sup> e la

---

<sup>777</sup> ID., *Il contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, loc. cit..

<sup>778</sup> Così, GRASSO, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione di primo grado*, in *Riv. dir. Proc.*, 1992, 725, per il quale l’articolo 183, comma 4°, c.p.c. si riferirebbe unicamente alle mere difese e alle questioni inerenti alla qualificazione giuridica delle fattispecie. Similmente, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 137. *Contra*: ORIANI, voce *Eccezione, Aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 280; LUISO, in *Commentario*, cit., 148; CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 76.

<sup>779</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 17 e ss..

<sup>780</sup> Tanto è vero che, sino al 1600, si soleva affermare che *omnis quaestio facti est quaestio iuris*, dato il carattere misto del giudizio di fatto. In argomento, si veda GIULIANI, *Leibniz e la teoria dei fatti relazionali*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1992, 253.

<sup>781</sup> Ove i limiti strutturali del giudizio neanche consentirebbero, a rigore, lo svolgimento effettivo delle attività di allegazione e di prova.

<sup>782</sup> Si vedano: Cass. sez. un. 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Giur. it.*, 2009, 406, in; Cass. sez. un. 30 marzo 2005, n. 6637, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 3; Cass. Sez. un. 15 novembre 2002, n. 16161, in *Foro amm.- CdS*, 2002, 2800.

<sup>783</sup> In questo senso: Cass. 4 novembre 2005, n. 21352, in *Mass. Giust. civ.*, 2005; Cass. 25 agosto 2005, n. 17320, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 10; Cass. 27 luglio 2005 n. 15721, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 6; Cass. Sez. lav. 19 aprile 2004, n. 7411, in *Mass. Giust. Civ.*, 2004, 4. 34 Così, Cass. 14 gennaio 2002, n. 349, in *Foro it.*, 2002, I, 2764, con *Nota* sostanzialmente adesiva di

qualificazione giuridica della controversia<sup>784</sup>, induce ad una speculare estensione del principio del contraddittorio<sup>785</sup>.

Dinanzi ad un incremento dei poteri giudiziali, che può tangersi con mano nell'ordinamento nostrano e nei principali sistemi giuridici europei, appare virtuosa l'inclusione nell' "obbligo" della totalità delle questioni, di fatto e diritto, di merito e processuali<sup>786 787</sup>.

In realtà, non è in base alla terminologia adoperata che occorre ragionare, bensì in base alla *ratio* della norma consistente evidentemente nel garantire una partecipazione al processo decisionale piena e consapevole, tale da mettere al riparo da possibili solipsismi del giudice<sup>788</sup>. Dunque non possono sussistere dubbi in merito alla necessità di sottoporre alle parti tutti quegli aspetti, relativi non solo alla valorizzazione giuridica di un fatto della fattispecie del diritto azionato, in quanto ritenuto esistente, od il riscontro di una nullità, formale od extraformale, ma anche la constatazione dell'assenza di un fatto della suddetta fattispecie, allegato e rilevato, ma rimasto poi fuori dalla discussione fra le parti, ed altresì l'adozione di una prospettiva giuridica diversa da quella seguita sino ad allora<sup>789</sup>.

Oltre a questo, si sono poi in dottrina, variamente prospettate anche altre possibili "questioni", quali: la considerazione di un fatto quale pacifico o non contestato, oppure quale notorio; l'utilizzo di presunzioni e di argomenti di prova, e in generale di strumenti istruttori non appartenenti alla categoria delle prove

---

CAPONI, nonché Cass. 29 settembre 1997, n. 9548, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 1810; Tuttavia, per Cass. 27 agosto 2002, n. 12562, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2494, il vincolo del giudicato sussiste solo se la qualificazione giuridica abbia formato oggetto di una specifica contestazione.

<sup>784</sup> Così, Cass. 14 gennaio 2002, n. 349, in *Foro it.*, 2002, I, 2764, con *Nota* sostanzialmente adesiva di CAPONI, nonché Cass. 29 settembre 1997, n. 9548, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 1810; Tuttavia, per Cass. 27 agosto 2002, n. 12562, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2494, il vincolo del giudicato sussiste solo se la qualificazione giuridica abbia formato oggetto di una specifica contestazione.

<sup>785</sup> Si bilancia, in tal modo, il discutibile orientamento di cui alla sent. Cass. sez. un. 9 ottobre 2008, n. 24883, cit., 806, con *Nota* di VACCARELLA - SOCCI, nonché in *Foro it.*, 2009, I, 806, con *Nota* di POLI, e in *Giusto proc. civ.*, 2009, 263, con *Nota* di BASILICO, che ha previsto l'inecepibilità del difetto di giurisdizione nei gradi successivi al primo ove l'eccezione non sia stata proposta in primo grado entro il termine di cui all'articolo 38 c.p.c..

<sup>786</sup> Così è, del resto, nell'ordinamento processuale tedesco, ove il novellato § 139 ZPO estende l'obbligo del giudice ad ogni questione dotata di incidenza decisoria e ciò, diversamente dal precedente § 278, che si riferiva alle sole questioni di diritto (vd. i riferimenti bibliografici indicati *supra*).

<sup>787</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 17 e ss..

<sup>788</sup> FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, cit., 554.

<sup>789</sup> ID., *Il contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, loc. cit..

storiche; l'attribuzione di pubblica fede a documentazioni compiute da pubblici ufficiali senza la cooperazione delle parti<sup>790</sup>.

La necessità della previa segnalazione deve rimanere confinata ai fenomeni sopra indicati; sarebbe non solo concretamente impraticabile, ma anche teoricamente priva di senso, la prospettiva di estendere il discorso, ad esempio alla mancata comparizione della parte a rendere l'interrogatorio formale; o, alla ritenuta attendibilità o inattendibilità di una deposizione testimoniale; all'opinione circa l'essere o meno un determinato aspetto coperto dalla pubblica fede di un atto pubblico; e insomma in generale alla valutazione delle risultanze istruttorie<sup>791</sup>. Ciò rischierebbe di condurre alla necessità, prima di adottare la decisione vera e propria, di sottoporre alle parti una sorta di progetto di sentenza, e poi magari ancora uno successivo, e così via, laddove, sulla base delle repliche, ogni volta prospettate dalle parti medesime, il giudice ritenga di modificare qualcosa<sup>792</sup>.

Il punto essenziale è quello per il quale, rispetto alle iniziative del giudice, le parti devono essere poste nella medesima posizione nella quale si trovano, rispetto a quelle dell'avversario<sup>793</sup>.

Alla luce del nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c., come già prima della riforma, secondo una determinata impostazione, deve sussistere una necessaria rilevanza della questione rispetto alla pronuncia<sup>794</sup>. Il dibattito processuale deve dunque essere aperto in relazione alle sole questioni che risultino effettivamente idonee ad incidere sull'emananda sentenza. Si andrebbe, altrimenti, a svilire, oltre alla lettera del disposto, ed in particolare la protasi "se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio", la strumentalità del contraddittorio rispetto alla giusta decisione, il principio di ragionevole durata e le mai trascurabili

---

<sup>790</sup> BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio*, cit., 402 e ss.; FRUS, *Sul rispetto dell'onere di contestazione anche in caso di incolpevole ignoranza e sugli effetti della mancata contestazione*, in *Giur. it.*, 2010, 1668 ss., par. 5; GRADI, *Il principio del contraddittorio*, cit., par. 4; RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino 2009, 23; SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *www.judicium.it.*, nota 69 e par. 9.

<sup>791</sup> FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, cit., 555.

<sup>792</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, loc. cit..

<sup>793</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, loc. cit..

<sup>794</sup> Ritengono che debbano essere sottoposte al contraddittorio le sole questioni rilevanti rispetto alla pronuncia: FERRI, *Sull'effettività*, cit., 784, COMOGLIO, *'Terza via'*, cit., 758, ID., *Etica*, cit., 353 nt. 60, nonché FABIANI, *Rilievo*, cit., 3178.



ragioni di opportunità pratica<sup>795</sup> <sup>796</sup>. Secondo tale teoria sostanzialista<sup>797</sup>, pur dovendosi riconoscere l'obbligo del giudice, di sottoporre al contraddittorio delle parti le questioni rilevate d'ufficio, si avrebbe la nullità della sentenza in caso del suo inadempimento, esclusivamente nel caso in cui il rilievo "a sorpresa" abbia impedito effettivamente alle parti l'esercizio del diritto di difesa<sup>798</sup>. In caso contrario, l'annullamento per violazione del contraddittorio, costituirebbe indice di un atteggiamento formalistico nell'interpretazione delle garanzie costituzionali e potrebbe finire per premiare gli intenti dilatori della parte che ha torto<sup>799</sup>, andando in tal modo a contrastare il principio costituzionale della ragionevole durata del processo contenuto nell'art. 111 comma 2° Cost..

Questa posizione si contrappone però alla teoria garantista<sup>800</sup>, che ritiene che dalle garanzie costituzionali del "giusto processo" derivino conseguenze di notevole risalto sistematico, tali da investire il giudice di un dovere costituzionale di osservanza diretta del contraddittorio<sup>801</sup>.

Perciò il mancato rispetto del giudice, dell'immediata indicazione alle parti delle questioni rilevabili d'ufficio, rappresentando un obbligo necessitato, o meglio un potere-dovere del giudice che scaturisce direttamente da norme costituzionali, comporterebbe la nullità della decisione<sup>802</sup>.

##### *5. Tempi e modi del rilievo officioso.*

Problemi ulteriori sono stati posti, riguardo la determinazione dei tempi e dei modi del rilievo officioso delle questioni.

---

<sup>795</sup> In senso contrario, tuttavia, la già citata sentenza Cass. sez. un. 30 settembre 2009, n. 20935, che ha escluso l'esistenza di un obbligo di segnalazione in relazione alle 'questioni di puro diritto', prevedendo applicabilità del disposto in commento solo in presenza di 'questioni di fatto' o di 'questioni miste di fatto e diritto'.

<sup>796</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 17 e ss..

<sup>797</sup> Questa corrente dottrinale sarà approfondita nel capitolo quarto, della parte terza, della presente indagine.

<sup>798</sup> CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1987, 575.

<sup>799</sup> ID., *Questioni rilevabili d'ufficio*, loc. cit..

<sup>800</sup> Questa corrente dottrinale sarà approfondita nel capitolo quarto, della parte terza, della presente indagine.

<sup>801</sup> COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Bologna 2006, 78.

<sup>802</sup> COMOGLIO, *Terza via e processo giusto*, in *Riv. Dir. Proc.* 2006, 762.

Per quanto riguarda i tempi, tra l'impostazione favorevole ad un potere di rilievo sganciato da limiti temporali di sorta<sup>803</sup>, e la sottoposizione dello stesso al termine ultimo dell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.<sup>804</sup>, si collocavano delle tesi intermedie<sup>805</sup> che, facendo salva la facoltà di rilievo anche a preclusioni maturate e consentivano, in ogni caso, il ripristino del contraddittorio mancato<sup>806</sup>.

Se, stando al dettato costituzionale, doveva propendersi per una rilevanza officiosa entro e non oltre le barriere preclusive ex art. 183 c.p.c., il suo eccessivo rigore avrebbe imposto al giudice di valutare, dalla fase iniziale del giudizio e pressoché in astratto, l'opportunità dell'apertura del dibattito su un punto controverso<sup>807 808</sup>. La fissazione di un limite temporale per tale attività giudiziale, si sarebbe altresì scontrata con la disciplina codicistica, che, per il primo grado,

---

<sup>803</sup> ID., *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 176.

<sup>804</sup> Così, MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 932; MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova, 2001, 360; GRASSO, *Note*, cit., 727; VERDE-DI NANNI, *Codice*, cit., 87; FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione e la novella del 1990*, Torino, 1991, 20; LUISO, in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di CONSOLO, Milano, 1996, 148; CAVALLINI, *Il nuovo art. 183 e la riforma della trattazione della causa*, in *Riv. dir. Proc.*, 2006, 241.

<sup>805</sup> Si vd. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo civile di cognizione*, Milano, 1991, 24, nt. 91; CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 668; ID., *Le riforme*, cit., 176; CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 89; SANTANGELI, *Le udienze di trattazione della causa nel processo civile ordinario alla luce delle recenti riforme*, in *Judicium.it*, 3; BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. it.*, 2006, IV, 99; CONSOLO - LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, I, Milano, 2007, 1687. Inoltre, PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 140 e 226, e ID., *Lezioni*, cit., 99; CIVININI, *Poteri*, cit., 8; FABIANI, *Rilievo*, cit., 3181; CONSOLO, *Questioni*, cit., 509. Sostanzialmente favorevole alla tesi in esame, sempre che al rilievo officioso consegua una regressione della causa alla precedente fase di trattazione, è altresì COMOGLIO, *"Terza via" e processo giusto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 758, che desume il possibile esercizio, anche in sede decisoria, del potere ex art. 183, comma 4° c.p.c. dall'art. 276, comma 2° c.p.c.; ID., *Etica*, cit., 71, ove l'A. si riferisce espressamente all'ordinanza di cui agli artt. 279-280 c.p.c, nella quale la questione dovrebbe essere indicata alle parti (in senso conforme, DENTI, *Questioni*, cit., 225). In senso contrario: ANDRIOLI, *Commento*, cit., 81, che riteneva che il collegio dovesse provocare l'interrogatorio libero delle parti ex art. 117 c.p.c. qualora l'istruttore non avesse indicato previamente la questione rilevata. Degna di nota è altresì la tesi di CONSOLO - LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, cit., 1687, che suggeriscono che venga disposto – in forza dell'art. 175, comma 1° c.p.c, – il rinvio breve dell'udienza. Per . BALENA, *Le preclusioni*, cit., 99, il giudice dovrebbe concedere doppi termini per le note difensive, anche di replica.

<sup>806</sup> Condividono l'applicazione dell'art. 184 bis c.p.c.. al caso di specie PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 140, e ID., *Lezioni*, cit., 99; CIVININI, *Poteri*, cit., 8; FABIANI, *Rilievo*, cit., 3181; CONSOLO, *Questioni*, cit., 509. *Contra*, MONTESANO, *La garanzia*, cit., 932 e, implicitamente, anche GRASSO, *Note*, cit., 727 e VERDE - DI NANNI, *Codice*, cit., 87.

<sup>807</sup> E ciò anche in presenza di poteri istruttori che, come quelli dell'ufficio, sono sovente esercitabili solo dopo l'assunzione delle prove di parte.

<sup>808</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d' ufficio*, cit., 26 e ss..

non menziona termini *ad quem* e, per il secondo, consente ex art. 345, comma 2° c.p.c., la proponibilità in ogni tempo delle eccezioni in senso lato<sup>809</sup>.

Solo la concessione di una remissione in termini avrebbe garantito le parti, senza troppo limitare il potere officioso, secondo il tenore dell'art. 184 bis c.p.c. vecchio rito, che, subordinando il ripristino del contraddittorio all'esistenza di una "causa non imputabile"<sup>810</sup> alla parte, rendeva possibile l'applicazione del disposto alle ipotesi di negligente omissione di un'attività dovuta dell'ufficio<sup>811</sup>. L'oggetto della remissione<sup>812</sup>, idoneo ad includere ogni potere processuale, dava il via libera all'esercizio delle facoltà connesse alla questione rilevata<sup>813</sup>.

Oggi, avrebbe potuto adottarsi tale impostazione<sup>814</sup>; la nuova formulazione della remissione in termini, adesso prevista come rimedio generale ex art. 153 comma 2° c.p.c., estendibile ai riti speciali ed applicabile anche alle situazioni esterne al processo<sup>815</sup>, avrebbe suggerito l'inclusione del congegno, nel riformato art. 101

---

<sup>809</sup> Sarebbe irragionevole non prevedere lo stesso regime per un grado di giudizio che, come quello di prime cure, è, per struttura, ben più ampio dell'appello. Per simili rilievi: CHIARLONI, *Le riforme*, cit., 176. Sul tema, anche PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 226, argomenta, sulla base del venir meno dell'inciso "ferma l' allegazione dei fatti storici" previsto dalla formulazione originaria dell'art. 183 c.p.c. (contenuta nel d.d.l. Vassalli), la rilevabilità *ex officio*, nel corso di tutto il giudizio di primo e secondo grado, di fatti modificativi, impeditivi o estintivi.

<sup>810</sup> Sulla clausola generale di "non imputabilità", ben più ampia del "caso fortuito e forza maggiore" cui fa riferimento l'attuale art. 175 c.p.p., si vd. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 168; GRASSO, *Note*, cit., 724; GROSSI, voce *Termine (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 242; TARZIA, *Lineamenti*, cit., 122; CAPONI, *La causa non imputabile nella disciplina della remissione in termini*, in *Foro it.*, 1998, I, 2658. Si ritiene, infatti, a ragione, in dottrina, che, nella "causa non imputabile" rientrino, oltre alla forza maggiore e al caso fortuito, anche il fatto nuovo, la norma sopravvenuta, il dolo della controparte, la negligente omissione di un'attività del giudice.

<sup>811</sup> Si pensi, oltre al caso della mancata indicazione delle questioni, quello dell'omissione dell'interrogatorio libero delle parti nel rito ordinario anteriore alla novella del 2005. Si vd., in questo senso, PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 139 e 168 e CAPONI, *La remissione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 424.

<sup>812</sup> DE SANTIS, *La remissione in termini nel processo civile*, Torino, 1997, 206.

<sup>813</sup> PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 167.

<sup>814</sup> ID., *La riforma*, cit., 224.

<sup>815</sup> Tanto può desumersi dalla collocazione del disposto nel libro primo del codice di rito e dall'impiego del termine "giudice" anziché "giudice istruttore". In questo senso, PANZAROLA, *Sulla remissione in termini ex art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1636, nonché CAPONI, *Remissione in termini: estensione ai poteri di impugnazione (art. 153 c. 2 c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2009, 285. Sulla necessaria estensione del rimedio anche ai poteri di impugnazione: BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983. Quanto detto è stato recepito dalla recente Trib. Mondovì, 19 febbraio 2010, che ha disposto l'applicabilità di tale rimedio al caso di tardiva notifica di decreto ingiuntivo per causa non imputabile al creditore. Per la giurisprudenza recente, sono altresì le significative pronunce Cass. 17 giugno 2010, n. 14627 e Cass. 10 giugno

comma 2° c.p.c.<sup>816</sup>. Tuttavia il legislatore, pur codificando l'obbligo del giudice, di indicare le questioni ed estendendo la portata della rimessione in termini, ha preferito scomporre il binomio. La generalità del rimedio ex art. 153, comma 2° c.p.c., soffrirebbe una deroga, nel caso dell'omesso dibattito su una questione, ben potendo bastare la concessione di un termine per il deposito di scritti difensivi<sup>817</sup>. In pratica, da una parte, è stata estesa la portata del precedente art. 184 bis c.p.c., dall'altra, esclusa l'applicabilità alla fattispecie in esame. Tale sottrazione, pare però che si sia avuta nel campo sbagliato, tanto che sarebbe stato più appropriato, prevedere un obbligo del giudice di rimettere le parti nei termini ex art. 153 c.p.c., per consentire alle stesse l'esercizio delle facoltà di allegazione e di prova, comprese quelle di replica e controprova, effettivamente connesse alla questione indicata. Tuttavia, nonostante la rigidità del dettato normativo, sarebbe possibile interpretare l'art.101 c.p.c., attraverso il filtro dell'art. 153 comma 2° c.p.c., consentendo alle parti di compiere, nelle note, ogni deduzione in fatto e in diritto, nonché di chiedere l'ammissione dei mezzi di prova connessi alla questione rilevata<sup>818</sup>.

Secondo Fornaciari<sup>819</sup>, non è pertinente invocare, la rimessione in termini, poichè tale istituto deve esser preso in considerazione, solo quando la parte disponeva di un potere che intendeva esercitare, e la mancata spendita sia scusabile. E' fuori gioco, laddove in questione sia un potere che la parte, precedentemente, non aveva proprio<sup>820</sup>. Ad esempio, a fronte di un fatto nuovo, sopravvenuto in corso di causa, è evidente che alle parti deve essere consentito sia di allegarlo che di provarlo, anche se siano maturate le preclusioni<sup>821</sup>. E' però evidente che tale iniziativa non

---

2010, n. 15811, entrambe massimate in *Guida al dir.*, 2010.

<sup>816</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 26 e ss..

<sup>817</sup> ID., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, loc. cit..

<sup>818</sup> In questo senso, SASSANI - TISCINI, *Commento all'art. 101 cod. proc. civ.*, in *Commentario*, cit., 64, nonché BOVE - SANTI, *Il nuovo processo*, cit., 41; *contra*: CECHELLA, *Il nuovo processo*, cit., 61, per il quale l'art. 101, comma 2° c.p.c., non impone una rimessione della causa in istruttoria. A sostegno della tesi favorevole ad un'effettiva rimessione in termini, potrebbero altresì invocarsi i rilievi di cui alla sentenza C. Cost. 26 novembre 2002, n. 477, in *Foro it.*, 2003, I, 13, con *Nota* di CAPONI, che, se pur nella diversa materia della notificazione a mezzo posta, ha dichiarato contrario al diritto di difesa e, ancor prima, al principio di ragionevolezza, che un effetto preclusivo possa discendere da un fatto estraneo alla disponibilità delle parti.

<sup>819</sup> FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, cit., 556.

<sup>820</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, loc. cit..

<sup>821</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, loc. cit..

deve passare dalla rimessione in termini, semplicemente perché prima che il fatto si verificasse le parti non avrebbero potuto vaticinarlo, e dunque allegarlo e provarlo<sup>822</sup>. Dunque non si tratta di un potere, la cui mancata spendita sia scusabile, bensì, più in radice, uno che, mancandone il presupposto primo, non poteva essere ritenuto esistente e dal quale non si può dunque essere decaduti, sì che, per recuperarlo, si debba essere rimessi in termini<sup>823</sup>. Per quanto concerne le repliche ai rilievi officiosi, la situazione è esattamente la medesima: il potere di replicare a tali rilievi non può sorgere prima che essi siano esercitati; dunque, da tale potere non si può essere decaduti; perciò è improprio invocare, per il suo esercizio, la rimessione in termini<sup>824</sup>.

Circa le modalità del rilievo officioso, non ci sono stati numerosi cambiamenti, fatto salvo che l'atto del rilevare la questione non possa prescindere dall'indicarla alle parti<sup>825</sup>.

Nell' art. 101 comma 2° c.p.c. non è presente l' inciso "sulla base dei fatti allegati"; tale locuzione -ancora contenuta nell'art. 183 comma 4° c.p.c.- andava a rimarcare l'impossibilità del giudice, di fondare i rilievi sulle allegazioni, almeno implicite, delle parti<sup>826</sup>. Nella cornice di un processo scandito dalle preclusioni, avrebbero fondato i rilievi officiosi, i soli fatti allegati dalle parti, nel rispetto delle decadenze, oltre a quelli comunque risultanti dagli atti<sup>827</sup>. La mancanza dell'inciso nell' art. 101 comma 2° c.p.c., non costituisce certamente né prova né indizio dello sradicamento dei principi sottostanti, dato che è facilmente ricavabile dal sistema processuale.

---

<sup>822</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, loc. cit..

<sup>823</sup> ID., *La definizione del thema decidendum e probandum nel processo civile di rito ordinario* (art. 183, commi 3, 4, 5 c.p.c.), in *Giust. civ.* 2002, II, 297 ss., par. 15, e ID., *L'attività istruttoria nel rito civile ordinario: poteri delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. it.*, 1999, 438 ss., par. 15.

<sup>824</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, cit., 556.

<sup>825</sup> COMOGLIO, *Etica*, cit., 77; ID., 'Terza via', cit., 758. In questo senso, Cons. St. Ad. Plen. 24 Gennaio 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, 307, nella quale pronuncia si afferma una precisa equivalenza tra il "rilevare d'ufficio" e l' "indicare d'ufficio alle parti".

<sup>826</sup> Intendono l'inciso quale limite all'attività 'inquisitoria' del giudice: PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 223; MONTESANO-ARIETA, *Il nuovo processo*, cit., 40; CAPPONI, in VACCARELLA -CAPPONI - CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 90; TARUFFO, *Le preclusioni*, cit., 296; ID., *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 1993, 266; CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit., 659; ID., *Le riforme*, cit., 175.

<sup>827</sup> Si pensi al notorio o ai fatti acquisiti a mezzo di una testimonianza a sorpresa. In merito, cfr. l' interpretazione di CHIARLONI, *Le riforme*, cit., 178. Cfr., sul punto, anche PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 226.

## 6. I poteri delle parti a seguito della segnalazione.

Per quanto concerne i poteri che, a seguito della segnalazione, le parti possono spendere, il discorso risulta quanto mai rapido, dato che alle parti deve essere consentito di porre in essere qualunque tipo di attività, dallo sviluppo di mere argomentazioni giuridiche, alla proposizione di nuove domande o di nuove eccezioni, passando per la modifica di queste ultime, l'allegazione ed il rilievo di fatti ulteriori rispetto a quelli già emersi, la modifica delle conclusioni, la produzione di nuovi documenti e la richiesta di nuove prove<sup>828</sup>; il tutto, ovviamente, nei limiti nei quali tali attività si pongano effettivamente in termini di replica al rilievo del giudice<sup>829</sup>. Solo in questo modo il contraddittorio risulta infatti realmente garantito, del resto, le parti devono essere poste nella medesima condizione, nella quale si troverebbero a fronte di un'analogha iniziativa dell'avversario, ed inoltre, non ponendo la norma, limiti di sorta, è del tutto evidente che la loro introduzione in via interpretativa non potrebbe che risultare arbitraria<sup>830</sup>.

Un dubbio, che in materia si pone, è quello se, laddove il rilievo officioso venga effettivamente esercitato in sede di decisione, per quanto concerne le prove, che le parti intendano addurre, esse debbano essere indicate senz'altro con le memorie ex art. 101 c.p.c., o comunque in sede di replica al rilievo officioso<sup>831</sup>, o se invece ciò possa avvenire anche successivamente alla rimessione in istruttoria<sup>832</sup>. Secondo Luiso, se la questione rilevata d' ufficio in fase decisoria, da luogo all' allegazione di nuovi fatti ed attività istruttorie, è possibile che la causa debba regredire dalla fase decisoria all' istruttoria<sup>833</sup>. Se le osservazioni delle parti hanno ad oggetto solo questioni di diritto, il giudice potrà mantenere la causa nella fase decisoria, e deciderla tenendo conto di tali osservazioni<sup>834</sup>. Viceversa però, se le

---

<sup>828</sup> In tal senso esplicitamente BUONCRISTIANI *Il principio del contraddittorio*, cit., par. 5, ma si tratta di una convinzione che per implicito emerge diffusamente.

<sup>829</sup> FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, cit., 556.

<sup>830</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, loc. cit..

<sup>831</sup> Il contraddittorio non necessariamente passa per lo scambio di memorie, ben potendo svolgersi anche oralmente.

<sup>832</sup> LUIISO, *Poteri di ufficio*, cit., par. 2.

<sup>833</sup> ID., *Poteri di ufficio*, loc. cit..

<sup>834</sup> ID., *Poteri di ufficio*, loc. cit..

osservazioni delle parti involgono profili di fatto, sarà necessario rimettere la causa in istruttoria per dare sfogo alle prove che le parti potranno richiedere<sup>835</sup>. Non è necessario secondo l' Autore che le allegazioni in fatto, operate dalle parti con le memorie di cui all'art. 101 comma 2° c.p.c., siano corredate delle relative istanze istruttorie e produzioni documentali, che potranno essere effettuate solo al momento in cui il giudice rimetterà la causa in istruttoria<sup>836</sup>.

*7. La collocazione sistematica dell' art. 101 comma 2° c.p.c come norma di chiusura e l' ipotesi di riapertura dello spazio difensivo ad ampiezza elastica.*

Come anticipato nei paragrafi precedenti<sup>837</sup>, il nuovo comma 2° dell'art. 101 c.p.c. è stato dettato a tutela del diritto fondamentale del contraddittorio, sancito dalla Costituzione nell'art. 111 Cost., quale tratto caratterizzante di un processo che deve essere improntato al canone di giustizia.

La nuova disposizione ha dunque sancito la presenza, nel nostro ordinamento processuale, di uno strumento di carattere generale, opportunamente collocato tra le norme del libro primo del c.p.c., la cui valenza è tuttavia proiettata soprattutto sulla salvaguardia delle esigenze del contraddittorio in fase decisoria.

Questa peculiarità della disposizione normativa in esame richiede, tuttavia, un'opera di ricostruzione sistematica, che sappia attribuire al comma 2° dell'art. 101 c.p.c. una idonea collocazione nell'ambito delle regole dell'ordinamento processuale. In questo senso, è corretto ritenere che l'art. 101 comma 2° c.p.c. vada considerato come una norma di chiusura, posta a presidio della regola generale - espressa dal combinato disposto dell'art. 101 comma 1° c.p.c. nonché dell'art. 183 comma 4° c.p.c; - secondo la quale il giudice è tenuto, fin dalle prime battute della fase di trattazione, ad indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. Ferma la regola generale, l'art. 101 comma 2° c.p.c. disciplina esclusivamente le ipotesi di rilievo officioso e tardivo, in quanto compiuto in sede decisoria, di questioni idonee ad incidere sulla decisione della

---

<sup>835</sup> ID., *Poteri di ufficio, loc. cit.*

<sup>836</sup> ID., *Poteri di ufficio, loc. cit.*

<sup>837</sup> E soprattutto nella parte prima della presente indagine.

controversia, imponendo al giudice di attivare il contraddittorio sulla questione rilevata.

La nuova disposizione, se così sistematicamente interpretata, investe il giudice del potere-dovere di attivare immediatamente il contraddittorio, procedendo ad un esame scrupoloso del materiale di causa, fin dalle prime battute del processo. Solo un sollecito ed accurato esame della controversia, compiuto *in limine litis* e protratto costantemente nel corso di tutta la trattazione, può infatti permettere al giudice di individuare le questioni delle quali sia opportuna e necessaria la trattazione in contraddittorio, nelle sedi processuali a ciò appositamente preposte, ossia nel corso della prima udienza di trattazione. A questo riguardo è stato giustamente osservato che la novità normativa, se interpretata e attuata correttamente dai giudici, dovrebbe divenire un veicolo di contenimento dei tempi processuali e di emersione di prassi virtuose e più celeri. La sanzione della nullità dovrebbe indurre i giudici a studiare approfonditamente la causa fin dall'inizio del processo, allo scopo di attivare il contraddittorio preventivamente su questioni rilevate d'ufficio, che potrebbero condurre, ad una più celere fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni per la riserva in decisione. In virtù del nuovo art. 101 comma 2° c.p.c., dovrebbe essere cioè invertita la tendenza dei giudici ad accostarsi ad uno studio serio ed approfondito della controversia soltanto nell'imminenza della decisione, incrementando le ipotesi di celere rimessione in decisione della controversia.

Come analizzato nei paragrafi precedenti, vi è stato chi ha criticato la collocazione della nuova disciplina, perché sembrerebbe suggerire che la sede principale nella quale si attua il principio del contraddittorio rispetto alle questioni rilevate d'ufficio sia quella della decisione, mentre ovviamente ciò deve avvenire in sede di trattazione, e la disposizione si applicherebbe solo in caso di errore del giudice<sup>838</sup>; secondo un'altra posizione, a ben vedere, la natura di disposizione generale dell'art. 101, fa sì che detta disciplina valga indifferentemente per la fase di trattazione (ove naturalmente opera il coordinamento con l'art. 183 comma 4° c.p.c.) e per quella di decisione, e comunque, trattandosi di principio del

---

<sup>838</sup> LUISO, *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, cit., 605, con riferimento all'omologa previsione contenuta nel ricordato d.d.l. Mastella.



contraddittorio, è difficile contestarne la collocazione all'interno del Libro I del codice<sup>839</sup>.

La disposizione disciplina molto sinteticamente come debba essere effettuata l'attuazione del contraddittorio, prevedendo semplicemente il dovere del giudice - che abbia rilevato una questione - di concedere un termine per il deposito di memorie scritte sul punto. Quanto alle concrete modalità, con le quali dovrà essere significato alle parti l'avvenuto rilievo officioso della questione e la concessione dei termini per le relative memorie, nel silenzio dell'art. 101 comma 2° c.p.c., è possibile attingere proficuamente dall'art. 384 comma 3° c.p.c., che dispone che per il rilievo delle questioni debba essere fatto (nel caso di quest'ultima norma dalla Corte di cassazione) dal giudice con ordinanza. In ogni caso, l'indeterminatezza della previsione normativa, ha generato alcune difformità nelle opinioni della dottrina sul significato da attribuire alla riapertura di una parentesi di confronto dialettico tra le parti, ad opera del giudice. Va ritenuta preferibile l'opinione di quanti hanno ravvisto nel testo della norma una ipotesi di spazio difensivo ad ampiezza elastica, da calibrare in considerazione della natura della questione rilevata d'ufficio dal giudice, e tale da non escludere una vera e propria riapertura della fase di trattazione e di istruzione, laddove si rendesse necessaria<sup>840</sup>. Pertanto il giudice, segnalata la questione alle parti, tratterrà la causa in decisione assegnando i termini per il deposito delle memorie difensive, ai sensi dell'art. 101 comma 2° c.p.c. Allorché dagli scritti difensivi delle parti, dovessero emergere delle esigenze di attività istruttorie ulteriori, il giudice provvederà a rimettere la causa in istruttoria per l'espletamento degli atti di istruzione resisi indispensabili, a seguito della attivazione del contraddittorio tra le parti. La riapertura dell'istruttoria, tuttavia, richiede una rinnovazione della fase difensiva finale, con la conseguenza che dovrà essere fissata una nuova udienza di

---

<sup>839</sup> In tal senso GHIRGA, *La riforma della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 442 ss., 452 ss.

<sup>840</sup> GODIO, sub *art. 101*, in CONSOLO-DE CRISTOFARO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, cit., 61; BOVE e SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuare e riforme in atto*. Matelica, 2009, 4 ss. Secondo BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c.*, cit., 410 ss., le “osservazioni che le parti possono proporre consistono anche nell'allegazione di fatti nuovi e di nuove richieste istruttorie, purché in rapporto dinamico con la nuova questione sollevata dal giudice”.

precisazione delle conclusioni ai sensi dell' art. 190 c.p.c. e dovranno essere concessi i termini per il deposito e lo scambio di nuovi scritti difensivi finali<sup>841</sup>.

Se l'elasticità della riapertura dello spazio difensivo, volto a rendere completo il contraddittorio, appare adeguato a recepire questioni officiosamente rilevate più o meno complesse, per converso meno convincente sembra una ricostruzione rigida delle modalità di attuazione del contraddittorio, secondo la quale il nuovo art. 101, comma 2° c.p.c. si limiterebbe a prevedere uno “stallo” della decisione, finalizzato a rendere possibile il confronto delle parti sulla questione, ma escluderebbe l'ipotesi di rimessione della causa in istruttoria. In questo modo, vi sarebbe cioè solo una riserva di pronuncia, in attesa delle deduzioni delle parti: la tesi, tuttavia, non tiene conto del fatto che l'esigenza della riapertura della fase istruttoria, potrebbe emergere proprio dalle difese delle parti sulla questione rilevata d'ufficio e, pertanto, è una eventualità che non può essere esclusa. Più in generale, una elasticità dello spazio, conseguente alla attivazione del contraddittorio, sembra maggiormente consona alla prospettiva, prefigurata nel corso dell' analisi, di una svolta in senso innovativo, nell'ambito dei materiali di causa, che potrebbe derivare dalla contrapposizione dialettica tra le parti.

#### **8. Le sanzioni e i rimedi. La nullità o la mera ingiustizia della sentenza.**

Uno dei nodi da sciogliere con la riforma, è quello relativo alla sanzione da comminarsi, ove il giudice ometta di suscitare il contraddittorio delle parti.

La novella, prevedendo che l'assegnazione del termine a difesa debba avvenire “a pena di nullità”, sembrerebbe aver chiarito definitivamente il punto<sup>842</sup>.

Il tema, ha visto per anni coinvolte dottrina e giurisprudenza autorevoli: a chi riteneva che la mancata apertura del dibattito avrebbe potuto incidere sulla sola, e del tutto eventuale, ingiustizia della successiva pronuncia<sup>843</sup>, si contrapponeva la tesi favorevole alla nullità radicale della sentenza “a sorpresa”<sup>844 845</sup>.

---

<sup>841</sup> GODIO, sub *art. 101*, in CONSOLO e DE CRISTOFARO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, cit., 61.

<sup>842</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d' ufficio*, cit., 35 e ss..

<sup>843</sup> CHIARLONI, *Questioni*, cit., 575; ID., *Le Riforme*, cit., 182; ID., *La sentenza*, cit., 1363; RICCI, *La sentenza della 'terza via' e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 751.

Alla base della tesi contraria all'invalidità, v'era il tentativo di preservare l'efficacia delle pronunce giudiziarie, scongiurando i rischi del formalismo<sup>846</sup>; in mancanza di espressioni di "dovere" e di sanzioni testualmente indicate, era difficoltoso fulminare con la nullità le "terze soluzioni"<sup>847</sup>, soprattutto in presenza di una normativa che consacra il principio di tipicità e tassatività della sanzione in commento<sup>848</sup>.

Veniva posto in dubbio lo stesso fondamento costituzionale dell'articolo 183, comma 4° c.p.c., mentre si riteneva che l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio si spiegasse in forza della necessaria collaborazione tra giudice e parti<sup>849</sup>. Implicando quest'ultima, la combinazione effettiva e totale delle attività delle parti e del giudice<sup>850</sup>, poteva giustificarsi la doverosità dell'apertura del dibattito sui punti controversi, ma non anche la comminatoria di un'invalidità<sup>851</sup>. Appariva sproporzionato e, pertanto, irragionevole porre nel nulla la sentenza e, con questa, la previa attività processuale, ove non fossero state indicate questioni che, come quelle rilevabili d'ufficio, apparterrebbero ad una sorta di sapere condiviso<sup>852</sup>.

L'unica alternativa possibile era che la sentenza "a sorpresa" risultasse ingiusta, data la scorretta risoluzione della questione da parte dell'ufficio o che, viceversa, fosse giusta, avendo il giudice correttamente risolto il punto controverso.

---

<sup>844</sup> Favorevoli alla tesi della nullità sono: DENTI, *Questioni*, cit., 217; MONTESANO, *Le prove*, cit., 237; ID., *La garanzia*, cit., 932; FERRI, *Contraddittorio*, cit., 5; ID., *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv.trim.dir.proc.* 1988, 783; TARZIA, *Lineamenti*, 85; ID., *Manuale*, cit., 141; L. P. COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996, 108; ID., *Etica*, cit., 71; ID., *'Terza via'*, cit., 755; MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova, 2001: t. 1, 348; t. 2, 1112; LUISO, *Questione*, cit., 1612; CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 108; CIVININI, *Poteri*, cit., 8; FABIANI, *Rilievo*, cit., 3178.

<sup>845</sup> La giurisprudenza e la dottrina precedenti alla novella del 2009, saranno approfondite nei capitoli 3 e 4 parte terza della presente indagine.

<sup>846</sup> Così, CHIARLONI, *Questioni*, cit., 575 e, con un leggero cambiamento di impostazione, ID., *La sentenza*, cit., 1363.

<sup>847</sup> Ovvero "terze vie" o "terze opinioni".

<sup>848</sup> Com'è noto, all'articolo 156, comma 1° c.p.c.. Questo è il ragionamento su cui si fonda Cass. 27 luglio 2005, n. 15705, in *Foro it.*, 2006, I, 3174.

<sup>849</sup> CHIARLONI, *Questioni*, cit., 578 e ID., *Le riforme*, cit., 182. Il principio, se pur non codificato, trova espressione negli artt. 88, 92 comma 1°, 96, 116, 118 e 395, n. 1, nonché 117, 183, comma 4° e 316, vecchio rito, c.p.c..

<sup>850</sup> GRASSO, *La collaborazione*, cit., 586. *Contra*: CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 61 e ID., *Istituzioni del processo civile*, I, Roma, 1956, 3, 20, A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 198.

<sup>851</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 35 e ss..

<sup>852</sup> CHIARLONI, *Questioni*, cit., 576.

L'ingiustizia avrebbe consentito l'impugnativa della pronuncia con gli ordinari mezzi di gravame, mentre la giusta risoluzione della questione, rendendo irrilevante la violazione del contraddittorio, avrebbe, al più, dato luogo ad una censura del giudice o al suo spostamento ad altro incarico<sup>853</sup>.

Tuttavia, se la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza recente già propendevano per la tesi della nullità della sentenza, il testo di riforma sembra avallarla in modo pieno ed incondizionato<sup>854</sup>. La riconduzione dell'attività di indicare le questioni, sotto l'egida del contraddittorio, ha sottratto terreno al principio della collaborazione tra giudice e parti, inoltre la menzione espressa della nullità ha reso superfluo il ricorso alla categoria delle nullità "virtuali" od "extraformali"<sup>855</sup> o all'argomento dello "scopo" degli atti processuali<sup>856</sup>.

Al legislatore va mosso il solo appunto che di nullità abbia parlato senza distinguere tra caso e caso, tra questione e questione, e non aver specificato se la sanzione di nullità, sia subordinata alla sola condizione che il giudice abbia violato il principio del contraddittorio in quanto tale (non instaurando il dibattito delle parti sui rilievi officiosi posti a fondamento della decisione), a prescindere dalla necessità, che la parte che abbia interesse a far valere tale nullità, debba aver subito un effettivo pregiudizio, per effetto del mancato attuarsi del contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio.

---

<sup>853</sup> E ciò solo in casi di particolare gravità. Così, CHIARLONI, *Questioni*, cit., 579 e CONSOLO, *Questioni*, cit., 509.

<sup>854</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 35 e ss..

<sup>855</sup> Si riteneva, in particolare, che, tra dette nullità, un ruolo preminente lo svolgessero quelle discendenti dall'inosservanza di norme costituzionali immediatamente precettive, quali gli artt. 24 e 111 Cost. Sul tema, si vd. LA CHINA, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano 2003, 325; CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione del processo di cognizione*, Milano, 1981, 98; DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 470; GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da 'ultra' ed 'extra' petizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 410; TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967, 153; VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, I, 2002, 305. Si vd. altresì, con riferimento specifico alle nullità da violazione del contraddittorio, DENTI, voce *Nullità*, cit., 470; ID., *Questioni*, cit., 223 (in senso difforme: C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. 'non formali' degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1967, 320).

<sup>856</sup> Per il quale tra gli 'scopi' degli atti processuali poteva annoverarsi la piena attuazione del contraddittorio: così, ai sensi degli artt. 121 e 156, comma 2° e 3° c.p.c., la violazione dell'obbligo avrebbe comportato la nullità del procedimento e, per estensione, della sentenza (MONTESANO, *La garanzia*, cit., 930 e MONTESANO - ARIETA, *Trattato*, cit., 1112). Anche una lettura del processo quale serie concatenata di atti, espressivi di poteri del giudice o delle parti, avrebbe condotto a conclusioni affini: l'esercizio irrituale di un potere, impedendo lo svolgimento di altre attività, avrebbe contraddetto lo scopo al quale era teso (così, PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 216 ss. e FABIANI, *Rilievo*, cit., 3178).

Difatti secondo il senso letterale della disposizione, sembrerebbe che la sanzione di nullità, debba essere sempre comminata, in caso di violazione dell' obbligo previsto ex art. 101 comma 2° c.p.c., da parte del giudice.

Un' interpretazione letterale della norma, con una sanzione indistinta e generalizzata, potrebbe conseguire l'effetto distorto di fomentare impugnazioni pretestuose. Da un eccesso di tutela potrebbe verificarsi il paradosso di agevolare chi è nel torto; da strumento di garanzia, la nullità potrebbe tramutarsi nell' "escamotage" della parte scaltra, che non avrebbe altri motivi di doglianza<sup>857</sup>.

#### *9. Segue. Il meccanismo della nullità secondo le varie impostazioni interpretative.*

La teoria garantista<sup>858</sup> ritiene che dalle garanzie costituzionali del "giusto processo" e dall' affermata inviolabilità del contraddittorio preventivo, derivino conseguenze di notevole risalto sistematico, tali da investire il giudice di un dovere costituzionale di osservanza diretta del contraddittorio e di responsabilità nella prevenzione delle decisioni a sorpresa<sup>859</sup>.

Perciò il mancato rispetto del giudice dell' immediata indicazione alle parti delle questioni rilevabili d' ufficio, rappresentando un obbligo necessitato, o meglio un potere-dovere del giudice che scaturisce direttamente da norme costituzionali, comporterebbe la nullità della decisione<sup>860</sup>.

La violazione della garanzia del contraddittorio posta in essere dal giudice, viene ricondotta al novero delle nullità "extraformali", ossia a quelle nullità, genericamente derivanti da garanzie costituzionali (quali sono, appunto quelle a presidio della difesa o del contraddittorio), i cui effetti, a prescindere da qualsiasi sanzione testuale prevista da norme ordinarie, sono di per sé cogenti e inderogabili per tutti (e, in particolare, per i giudici, funzionalmente sottoposti al principio di legalità)<sup>861</sup>. Su questa linea, il compimento da parte del giudice di un

---

<sup>857</sup> Come prospettato da Chiarloni, in CHIARLONI, *Questioni rilevabili d' ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1987, 575.

<sup>858</sup> Questa corrente dottrinale sarà approfondita nel capitolo quarto, sezione 2, parte III della presente indagine.

<sup>859</sup> COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Bologna 2006, 78.

<sup>860</sup> COMOGLIO, *Terza via e processo giusto*, in *Riv. Dir. Proc.* 2006, 762.

<sup>861</sup> COMOGLIO. «*Terza via*» e processo «giusto», cit, 760 ss.; FERRI, *Contraddittorio e poteri*, cit, 113 ss.

atto, quale il rilievo officioso di una questione, in violazione del principio del contraddittorio genera un vizio extraformale, che deve essere individuato facendo capo ai vari requisiti che riguardano i presupposti sostanziali e procedurali della sua validità. La condizione necessaria per la realizzazione del contraddittorio consiste nel fatto che le parti conoscano preventivamente gli elementi che il giudice intende porre a base della decisione (indipendentemente dal fatto che tali elementi siano stati da loro stesse allegati o vengano introdotti officiosamente dal giudice). Se tale condizione non si verifica, ha luogo la violazione di una regola fondamentale del processo, con la conseguenza che il giudice non può validamente statuire sulla domanda, e ciò in quanto la violazione del principio del contraddittorio si traduce nell'invalido esercizio del potere decisorio da parte del giudice, con la conseguente nullità del provvedimento. Il regime della nullità extraformale, prevede l'applicazione della regola generale dell' art. 161. comma 1° c.p.c, con la conseguente conversione della nullità in motivo di gravame, risultando sanata con il passaggio in giudicato della sentenza. Si tratta inoltre di una nullità assoluta e come tale rilevabile d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del giudizio. Da ciò deriva che la nullità è sanata dal passaggio in giudicato della sentenza, ma se ciò non si verifica, poiché l'impugnazione è stata proposta sulla base di altri motivi, da un lato non si forma il giudicato interno sul punto e inoltre si mantiene, in capo al giudice dell'impugnazione, il potere-dovere di rilevare la nullità d'ufficio pur in assenza di specifica impugnazione al riguardo<sup>862</sup>. Questa ricostruzione, presa nella sua formulazione estrema, attribuisce rilevanza alla violazione dell'obbligo da parte del giudice in quanto tale (subordinando la nullità alla sola condizione che il giudice abbia violato il principio del contraddittorio), prescindendo in tal modo dall'effettivo pregiudizio subito dalla parte per effetto del mancato attuarsi del contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio. Inoltre, essa favorisce un' impostazione nella quale viene ritenuta sufficiente la mera impugnazione nel merito della decisione, anziché ritenere necessaria l'indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, qualora fosse stata messa in condizione di difendersi sul profilo oggetto di rilievo *ex officio*<sup>863</sup>.

---

<sup>862</sup> FERRI, *Contraddittorio e poteri*, cit., 116 e ss.

<sup>863</sup> FABIANI, *Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice*, cit., 3179; per un temperamento della impostazione ricollegabile alla tesi procedurale pure, tuttavia, si veda

Sotto il profilo degli effetti derivanti dalla violazione del contraddittorio, da parte del giudice che abbia deciso una questione, senza il previo dibattito delle parti, è stata elaborata, in particolare da Luiso<sup>864</sup>, una teoria intermedia<sup>865</sup>, che rappresenta una sorta di variante alla teoria garantista.

La teoria intermedia, è a favore della nullità, in ogni caso, della sentenza pronunciata in violazione del contraddittorio e altresì rimarca la necessità, che l'impugnazione debba essere supportata, oltre che dalla censura consistente nella violazione del contraddittorio, anche dalla concreta indicazione degli elementi che la parte impugnante, afferma di non aver potuto addurre a causa della violazione della garanzia: ma ciò, non tanto in forza della necessità di supportare il motivo di impugnazione della dimostrazione della violazione effettiva e concreta, quanto per esigenze legate all'ambito della cognizione del giudice dell'impugnazione. Se infatti il giudice dell'appello è in grado di porre rimedio alla violazione e di pronunciare, conseguentemente, nel merito, è evidente che il soccombente dovrà enucleare, nel contesto dell'atto di impugnazione, e consequenzialmente alla denunciata nullità della sentenza, il *quid novi* che egli avrebbe addotto se la questione rilevata d'ufficio gli fosse stata segnalata<sup>866</sup>. Nel giudizio d'appello la parte non può limitarsi ad affermare la violazione del contraddittorio, ma deve altresì proporre le difese di cui si sarebbe servita, se il giudice l'avesse posta in condizione di difendersi dialetticamente. L'appello è infatti un mezzo sostitutivo e la nullità della sentenza per la mancata attuazione del contraddittorio non rientra nelle ipotesi di rimessione della causa al primo giudice disciplinate dagli artt. 353 e 354 c.p.c.. Di conseguenza, si determina l'applicazione dell'art. 354 ult. comma c.p.c., e il giudice

---

FERRI, *L'oggetto del contraddittorio, tra le parti*, in *Studi in onore di Allorio*, vol. I, Milano, 1989, 468 ss., ove si afferma che “appare opportuno proporre soluzioni per cui la violazione del contraddittorio possa essere considerata tale da dar luogo a nullità della sentenza, solo avendo di mira la decisione in concreto emessa, quale criterio effettivo di riferimento. (...) non tutte le violazioni del contraddittorio relative a qualsiasi elemento di fatto o di diritto della controversia, che abbia avuto luogo poiché le parti non hanno potuto in alcun modo svolgere le proprie difese sul punto, comportano nullità della sentenza, (...) ma soltanto quelle che effettivamente abbiano privato le parti della facoltà di difesa rispetto ad elementi di fatto o di diritto emersi successivamente come rilevanti o determinanti per la decisione”.

<sup>864</sup> LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio*, cit.; ID., *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, cit..

<sup>865</sup> Così definita da GAMBÀ, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la “scommessa aperta” dell'ordinamento processuale*, in TARUFFO (a cura di), *Il processo civile riformato*, Torino, 2010, 85.

<sup>866</sup> ID., *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio*, cit., 1614.

e le parti sono chiamate a fare, in sede di gravame, tutto quello che sarebbe stato fatto in primo grado se il contraddittorio fosse stato correttamente attivato<sup>867</sup>.

Luiso inoltre considera nulla la sentenza fondata su una questione rilevata d'ufficio, non previamente sottoposta al contraddittorio delle parti, poiché lesiva del principio del contraddittorio. Secondo l'Autore, si corre il rischio di una incompletezza dell'istruttoria, qualora non venga consentito il contraddittorio sul rilievo officioso. Ciò riguarda anche le questioni di puro diritto che, secondo l'Autore, raramente sono di puro diritto, poiché involgono per lo più non solo l'interpretazione della norma, ma anche la sua applicazione<sup>868</sup>.

Secondo la teoria sostanzialista, pur dovendosi riconoscere l'obbligo del giudice di sottoporre al contraddittorio delle parti, le questioni rilevate d'ufficio, si avrebbe la nullità della sentenza in caso del suo inadempimento, esclusivamente in cui il rilievo "a sorpresa" abbia determinato l'apertura a sviluppi della lite fino a quel momento non considerati, impedendo effettivamente alle parti l'esercizio del diritto di difesa<sup>869</sup>. Qualora la questione non dibattuta sia stata correttamente decisa dal giudice, appare criticabile la prospettiva di consentirne l'annullamento per violazione del contraddittorio, poiché costituirebbe indice di un atteggiamento formalistico nell'interpretazione delle garanzie costituzionali che finirebbe per premiare gli intenti dilatori della parte che ha torto<sup>870</sup>, andando in tal modo a contrastare il principio costituzionale della ragionevole durata del processo contenuto nell'art. 111 comma 2° Cost..

Secondo tale teoria, la mancata instaurazione del contraddittorio da parte del giudice, su una questione legittimamente rilevata d'ufficio, costituisce un cattivo esercizio del corrispondente potere, dal quale deriva l'impossibilità per le parti di esercitare i connessi poteri processuali. Ciò determina la nullità dell'atto compiuto dal giudice, poiché posto in essere in violazione dei principi fondamentali del contraddittorio e della difesa e, quindi, in contrasto con gli scopi essenziali

---

<sup>867</sup> Conforme sul punto la giurisprudenza, secondo cui la denuncia in appello del vizio di mancata attivazione del contraddittorio, con la contestuale indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, comporta, se fondata, la rimessione in termini *ex art. 354 comma 4° c.p.c.*, per lo svolgimento di quelle attività nel giudizio d'appello, e non invece la rimessione al primo giudice (Cass, 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Giur. it.*, 2006, 7, 1456)

<sup>868</sup> LUIO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio*, cit., 1614.

<sup>869</sup> CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1987, 575.

<sup>870</sup> ID., *Questioni rilevabili d'ufficio*, loc. cit..



assegnati allo stesso dall'ordinamento processuale<sup>871</sup>. Secondo l'elaborazione giuridica che aveva preso piede, prima dell'introduzione dell'art. 101 comma 2° c.p.c., con l'espressa previsione di nullità della sentenza "a sorpresa", dal principio di invalidità degli atti, in contrasto con il loro scopo normativo, si era desunta l'invalidità di ogni atto del giudice, potenzialmente incisivo sul contenuto del provvedimento di merito, che non sia compiuto in contraddittorio tra le parti (ex art. 156 c.p.c.).

In forza degli artt. 159 e 161 c.p.c., si verifica, di conseguenza, la nullità della sentenza, ove il mancato esercizio dei poteri del giudice, abbia riguardato una questione successivamente rivelatasi decisiva, nella risoluzione della controversia, essendo cioè la sentenza atto dipendente ex art. 159 c.p.c. dall'atto viziato<sup>872</sup>. In base a questa ricostruzione, il regime a cui tale nullità è assoggettata, è quello generale disciplinato dagli artt. 156, 157 c.p.c., con la conseguenza che, la violazione del contraddittorio non comporterà automaticamente la nullità della decisione resa sulla lite. Poiché il principio del contraddittorio è semplicemente strumentale rispetto al vero scopo del processo, che è quello di addivenire ad una decisione giusta, soltanto quando la mancata realizzazione della contrapposizione dialettica tra le parti, abbia generato un impedimento per le parti di proporre argomenti o difese, che avrebbero potenzialmente condizionato o influito sulla decisione (circostanza che è onere della parte impugnante dimostrare), ciò si riflette sulla sentenza resa al termine del procedimento e ne determina la nullità.

Recentemente, da Consolo<sup>873</sup>, è stata individuata, la possibilità di una peculiare sanatoria della nullità ex art. 101 comma 2° c.p.c., per mancanza dello scopo dell'atto omesso. Tale sanatoria non è lontana da quella prevista dall'art. 156 comma 3° c.p.c. (per il raggiungimento dello scopo). Tale ipotesi è però diversa, poiché viene evidenziato, che nessuna attività difensiva (ad es. allegazione, istruttoria), sia stata impedita alle parti, quindi il contraddittorio omesso, se debitamente attivato, sarebbe comunque risultato privo di scopo. Si tratta dunque di una sanatoria per carenza di scopo dell'atto omesso, che è destinata ad operare in sede di gravame,

---

<sup>871</sup> MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, cit., 929 ss.; GIORDANO, *La sentenza della «terza via» e le «vie» d'uscita*, cit., 911 ss.

<sup>872</sup> FABIANI, *Rilievo d'ufficio*, cit., 3179 e ss..

<sup>873</sup> CONSOLO, *Le Sezioni unite sulla attivazione del causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. Giur.* 2010; 355.

nel caso in cui, il soccombente, menomato nel suo diritto di difesa, non sia riuscito a dimostrare con l'atto di impugnazione, quali specifiche attività difensive, non ha potuto svolgere nel grado precedente, per cercare almeno in parte di prevalere, qualora gli fossero stati concessi gli adeguati spazi dialettici.

Secondo una parte della dottrina, affinché possa essere comminata la sanzione della nullità, deve riscontrarsi la concreta ed effettiva rilevanza della questione, rispetto alla pronuncia impugnata<sup>874</sup>.

Una questione può ritenersi rilevante, solo laddove senza la sua risoluzione, il giudice sarebbe approdato ad una pronuncia del tutto diversa, rispetto a quella emanata. Irrilevante e quindi inidonea a giustificare il gravame, sarebbe la questione, senza la quale la pronuncia sarebbe rimasta sostanzialmente inalterata<sup>875</sup>. Dunque in base a questa interpretazione, dato che non tutti i punti controversi possono rilevare, tanto da costituire il fondamento dell'emananda sentenza, soltanto su quelli, in tal senso, determinanti, esiste l'obbligo di aprire il dibattito e, nel caso di una sua trasgressione, la conseguente nullità della sentenza<sup>876</sup>.

E' stata sostenuta l'ipotesi di negare *ab origine*, la nullità della sentenza, se nessun pregiudizio sia concretamente derivato alle parti dalla mancata attivazione del contraddittorio<sup>877</sup>, prevedendo che, se la questione rispetto alla quale è mancato il contraddittorio, sia risultata influente ai fini della decisione della lite, "è legittimo concludere che la violazione del contraddittorio non comporta nullità della sentenza"<sup>878</sup>.

Un'ulteriore elaborazione interpretativa richiede che, affinché il vizio possa definirsi sussistente, sia necessaria una consequenziale "violazione del diritto di difesa del soccombente [...], non come astratta possibilità, ma come concreta evenienza del concreto processo"<sup>879</sup>.

---

<sup>874</sup> FERRI, *Contraddittorio e poteri*, cit., 5 e ss.; ID., *Sull'effettività*, cit., 783 e ss.; COMOGLIO, *Riforme*, cit., 108-109; ID., *Etica*, cit., 71; PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 99 e ss.; CIVININI, *Poteri*, cit., 1 e ss..

<sup>875</sup> GIORDANO, *La sentenza della «terza via» e le «vie» d'uscita*, cit. 916.

<sup>876</sup> Similmente, il § 139 ZPO tedesca, esclude l'esistenza dell'obbligo – e, quindi, di ogni conseguente effetto – in presenza di questioni di secondaria importanza, ossia irrilevanti rispetto all'emananda pronuncia.

<sup>877</sup> FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, cit., 784.

<sup>878</sup> ID., *Sull'effettività del contraddittorio*, loc. cit..

<sup>879</sup> CHIARLONI, *La sentenza della «terza via» in cassazione*, cit., 1363.

Per altri, invece, la sanzione di nullità prevista dall' art. 101 comma 2° c.p.c., sebbene possa apparire eccessivamente rigida, verificandone la portata sistematica, si dimostra tutt' altro che inopportuna e costituisce lo strumento indispensabile per il raggiungimento dello scopo prefissato dal legislatore<sup>880</sup>.

Dunque, in dottrina, nonostante l' introduzione dell' art. 101 comma 2° c.p.c., residuano ancora dubbi, nello stabilire che, per la configurabilità della nullità della sentenza “a sorpresa”, la parte soccombente che impugna, debba necessariamente dolersi di un pregiudizio concreto e specifico, derivante da tale violazione<sup>881</sup>.

*10. Segue. La necessità o meno di un pregiudizio per il soccombente, per la configurabilità della nullità e i riflessi di questa sul giudizio di impugnazione.*

Come anticipato, uno dei problemi che ha provocato accesi contrasti in dottrina, in tema di contraddittorio rispetto ai rilievi officiosi, è quello relativo al fatto che la nullità, pur se espressamente sancita, sia automatica, oppure debba essere ritenuta sussistente solo in presenza di un concreto pregiudizio alla difesa, e il tema relativo ai riflessi di tale nullità sul giudizio di impugnazione. I due temi sono fra loro strettamente intrecciati.

La diatriba ruota intorno a due aspetti, rappresentati dalla necessità di impostare l'impugnazione sul piano della nullità, oppure su quello dell'ingiustizia della sentenza<sup>882</sup>, e da quella specificare o meno, quali siano le difese che la decisione “a sorpresa” ha impedito di sviluppare<sup>883</sup>. A seconda dell'impostazione, tali aspetti possono assumere rilevanza tanto sul piano della sussistenza della nullità, quanto su quello dei suoi riflessi sul giudizio di impugnazione, pertanto devono essere affrontati con una visione d'insieme, in modo di cogliere tutti i possibili risvolti, e pertanto l'intera portata, del problema<sup>884</sup>.

---

<sup>880</sup> LUIISO, *Poteri*, cit., §3.

<sup>881</sup> Favorevole con questa impostazione, COSTANTINO, *Questioni processuali*, cit., 1053; Contra, CONSOLO, *Codice di procedura civile commentato*, cit., 1132, secondo cui probabilmente, attualmente, con l' introduzione dell' art. 101 comma 2° c.p.c., con l' espressa previsione di nullità della decisione “ a sorpresa”, non è più sostenibile tale ipotesi.

<sup>882</sup> Per un' analisi più dettagliata vedasi il paragrafo precedente.

<sup>883</sup> FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, cit., 558.

<sup>884</sup> ID., *Il contraddittorio*, loc. cit..

A primo impatto pare che il problema sia facilmente risolvibile: posta la conversione dei motivi di nullità in motivi di impugnazione, se la mancata segnalazione della questione rilevata d' ufficio ha precluso alle parti, nel grado precedente, la possibilità di replicare al rilievo officioso con allegazioni, mezzi di prova ecc., o semplicemente mere argomentazioni giuridiche, i contendenti potranno compiere queste attività nel grado successivo, spendendo in tale sede quelle ragioni, siano esse meramente argomentative, siano esse innovative (sul piano dei fatti, delle prove, od altro), che non sono state poste in grado di spendere prima<sup>885</sup>.

Quindi se la nullità riguarda la sentenza di primo grado, le parti, con gli atti introduttivi del giudizio di appello, avranno la possibilità di effettuare quelle attività che avrebbero compiuto, se il giudice avesse instaurato il contraddittorio, sulla questione rilevata officiosamente, osservando la prescrizione dell' art. 101 comma 2° c.p.c.<sup>886</sup>.

Dunque le parti potranno effettuare tali attività, perché la nullità della sentenza impone al giudice di appello, la rinnovazione dell'atto di cui egli ha dichiarato la nullità, previa eliminazione del vizio di cui la sentenza è affetta; difatti in base all' art. 354 ultimo comma c.p.c.: “ se il giudice dichiara la nullità di altri atti compiuti in primo grado, ne ordina, in quanto possibile, la rinnovazione a norma dell' art. 356”<sup>887</sup>. Le parti saranno ammesse a compiere in appello ciò che non è stato loro concesso in primo grado, e dovranno espletare tali attività, perchè il giudizio di appello dovrà chiudersi con una sentenza di merito che tenga conto di quanto da loro compiuto; pertanto non possono limitarsi a denunciare la nullità della sentenza di primo grado<sup>888</sup>.

Se la violazione del dovere imposto dall'art. 101 comma 2° c.p.c. non portasse alla nullità della sentenza, le parti in appello subirebbero i limiti che tale mezzo di impugnazione prevede per i *nova*: invece tali limiti non sussistono, qualora

---

<sup>885</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso, cit.*, 558-559.

<sup>886</sup> LUIO, *Poteri d' ufficio, cit.*, par. 3.

<sup>887</sup> ID., *Poteri d' ufficio, loc. cit.*.

<sup>888</sup> ID., *Poteri d' ufficio, loc. cit.*.

l'appello costituisca il mezzo per far fronte alla invalidità, e non alla ingiustizia della sentenza<sup>889 890</sup>.

Come accennato nel paragrafo precedente, residuano ancora dubbi in dottrina, riguardo al fatto, che la possibilità concessa alle parti di poter compiere nel grado successivo, quanto non sia stato loro concesso nel grado precedente, sia o meno subordinata alla dimostrazione (da parte dei contendenti), di aver subito concretamente un pregiudizio dalla decisione di "terza via".

In realtà però, non è convincente l'assunto per il quale, laddove in questione, non ci siano attività altrimenti precluse, non vi sarebbe pregiudizio, dato che in realtà, il pregiudizio c'è sempre, per definizione, e consiste nel fatto in sé, di non aver potuto contraddire; nel non essere stato messo a conoscenza dell'orientamento del giudice in merito a quella certa questione e nel non avergli quindi potuto sottoporre le proprie argomentazioni in proposito, affinché egli potesse tenerne conto<sup>891 892</sup>. Dunque, il punto è un altro: non è che, in tali ipotesi, non sussista il pregiudizio, il fatto è che il concreto assetto del sistema delle impugnazioni, dato, in particolare, che, anche in caso di impugnazione per nullità, il processo comunque non retrocede al grado precedente, non esiste uno strumento in grado di porvi rimedio<sup>893</sup>. Soltanto per tali ragioni, la prospettiva dell'impugnazione per nullità, può talvolta, in concreto, non differire da quella dell'impugnazione nel merito<sup>894</sup>. Il pregiudizio non esisterebbe se l'impugnazione nel merito consentisse di spendere le proprie argomentazioni nel grado precedente, ma ciò ovviamente non accade<sup>895</sup>. L'impugnazione consente bensì di spenderle solo nel grado successivo; il che non è però l'equivalente di ciò che sarebbe accaduto se la segnalazione avesse avuto luogo, e pertanto la nullità non si fosse prodotta; è invece l'equivalente di un rimedio non pienamente soddisfacente, qual è

---

<sup>889</sup> ID., *Poteri d'ufficio*, loc. cit..

<sup>890</sup> ID., *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 26 ss.

<sup>891</sup> Ovviamente la sussistenza o meno del pregiudizio non può dipendere dal fatto che le argomentazioni siano più o meno fondate: quella in questione, prendendo a prestito una categoria sostanziale, è evidentemente una garanzia di mezzi, non di risultato.

<sup>892</sup> FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, cit., 559.

<sup>893</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, cit., 560.

<sup>894</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, loc. cit..

<sup>895</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, loc. cit..

l'impugnazione per nullità, posto che neppure questa consente la retrocessione al grado precedente<sup>896 897.</sup>

Qualora l'ordinamento contemplici, per il caso di nullità della sentenza, una *querela nullitatis*, o anche semplicemente la retrocessione del processo al grado precedente, l'impugnazione per nullità non può mai essere ritenuta superflua, neppure se l'impugnazione nel merito sia totalmente aperta a qualunque tipo di novità<sup>898</sup>.

Viceversa, qualora l'ordinamento, da una parte non contemplici, per il caso di nullità, né la *querela nullitatis*, né la retrocessione del processo al grado precedente, dall'altra parte preveda un'impugnazione nel merito totalmente aperta, l'impugnazione per nullità non assicura una maggiore utilità rispetto a quella nel merito e non ha dunque in sostanza ragion d'essere; dunque la nullità stessa rimane in pratica irrilevante<sup>899</sup>.

Secondo Fornaciari, se le ragioni che la parte lamenta di non aver potuto spendere nel grado precedente, possono essere spese comunque nel grado successivo, a prescindere dalla nullità, è consentito di ritenere assorbito il profilo relativo a quest'ultima<sup>900</sup>. Secondo l'autore, tale meccanismo funziona anche in direzione opposta: nel senso cioè che la presenza della nullità può consentire di ritenere assorbito, il profilo relativo al fatto che quelle certe ragioni possano essere spese comunque<sup>901</sup>. Gli interrogativi da porsi sono due: se la sentenza sia o meno nulla, e se certe ragioni non spese nel grado precedente, siano o meno liberamente spendibili, nel grado successivo, pur in assenza di nullità della sentenza<sup>902</sup>. Se la

---

<sup>896</sup> Dunque, alla luce di quanto stabilito, si comprende per quale ragione il riferimento alla sanatoria della nullità per il raggiungimento dello scopo è in realtà impropria (per tale riferimento, sia pur riconoscendo la non piena riconducibilità all'istituto della fattispecie in esame, CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via*, in *Corr. Giur.*, 2002, parr. 4 ss., GRADI, *Il principio del contraddittorio*, cit., 842). In buona sostanza, il punto è questo: il fatto che quelle certe ragioni possano essere spese nel grado successivo anche senza necessità di passare per la nullità della sentenza significa bensì che per ottenere quel certo risultato (possibilità di spendere le ragioni nel grado successivo) non occorre passare per la declaratoria di nullità, ma questo non dà vita ad una situazione analoga a quella che si sarebbe avuta in assenza di quest'ultima; pertanto non si può parlare, neppure analogicamente, di raggiungimento dello scopo.

<sup>897</sup> FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, cit., 560.

<sup>898</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, cit., 561.

<sup>899</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, loc. cit..

<sup>900</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, cit., 563.

<sup>901</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, loc. cit..

<sup>902</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, loc. cit..

seconda valutazione sia più semplice della prima, e dunque il giudice, ritenga che tali ragioni siano ugualmente spendibili, potrà soprassedere sulla prima, evitando di chiedersi se la nullità sussista o meno<sup>903</sup>. Può accadere anche l' inverso, cioè che sia più semplice stabilire che la sentenza sia o meno nulla, e che pertanto il giudice, ritenuta la sussistenza della nullità, possa soprassedere sulla seconda valutazione, evitando dunque di chiedersi se le suddette ragioni siano o meno ugualmente spendibili, pure in assenza di nullità<sup>904</sup>. Dunque secondo Fornaciari, indipendentemente dal fatto che la nullità della sentenza esista o meno (e anche nel caso in cui sicuramente esista, in mancanza della segnalazione dei rilievi officiosi), dal punto di vista processuale non è *a priori* un fattore da verificare, qualora ad esempio quelle certe ragioni possano essere spese nel giudizio successivo, indipendentemente dalla nullità della decisione, pertanto la nullità, in questo, potrà considerarsi una questione assorbita<sup>905</sup>. Allo stesso modo, il giudice potrà verificare la nullità della sentenza, e considerare come assorbita qualunque altra questione, come ad esempio il fatto che le suddette ragioni siano spendibili nel grado successivo indipendentemente dalla nullità della sentenza<sup>906</sup>.

#### **11. La sanzione di nullità della sentenza come nullità formale o extraformale.**

Come specificato<sup>907</sup>, prima dell' introduzione dell' art. 101 comma 2° c.p.c., non esistendo una disposizione che espressamente stabilisse la nullità per la sentenza di “ terza via”, la parte poteva dolersi del comportamento del giudice, solo dimostrando l' ingiustizia della sentenza, visto che una parte della dottrina escludeva la sanzione della nullità per la violazione dell' obbligo del giudice dell' instaurazione del previo contraddittorio dei contendenti sui rilievi officiosi.

Attualmente con la presenza dell' art. 101 comma 2° c.p.c., si pone ancora l' interrogativo, se la sanzione di nullità prevista in tale disposizione, debba intendersi come nullità formale o extraformale. La nullità della sentenza, intesa

---

<sup>903</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, loc. cit..

<sup>904</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, cit., 564.

<sup>905</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, loc. cit..

<sup>906</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, loc. cit..

<sup>907</sup> Retro, par. 8 di questo capitolo.

come nullità extraformale, poggia sulla violazione del principio del contraddittorio, dunque la sentenza nasce nulla.

Secondo Ferri, il giudice ha violato l'obbligo di sottoporre la questione rilevata d'ufficio al previo contraddittorio delle parti. Il giudice, decidendo la controversia, si è basato su tale rilievo officioso, e dunque ha provocato una violazione del principio del contraddittorio, che di conseguenza si risolve in una nullità extraformale della sentenza, a prescindere dal concreto pregiudizio provocato alla parte per il mancato contraddittorio<sup>908 909</sup>.

Secondo Fabiani, invece è da preferire la ricostruzione di una visione del procedimento, inteso come una serie coordinata di atti concatenati tra loro, in cui ogni atto è espressione di un sottostante potere, e l'esercizio di tale potere ad opera di una delle parti (o del giudice), è funzionale all'esercizio di altro potere ad opera di un'altra parte; la mancata istaurazione del giudice, del previo contraddittorio delle parti sui rilievi officiosi, rappresenta un cattivo esercizio di tale potere, che si traduce nella impossibilità per le parti di poter esercitare i poteri processuali connessi<sup>910</sup>. Dunque, ove il mancato esercizio di tali poteri, abbia riguardato una questione risultata decisiva nella risoluzione della controversia, la sentenza diventa per tale effetto un atto dipendente dall'atto nullo<sup>911</sup>. La nullità diventa dunque rilevante, solo in quanto la sentenza può ritenersi un atto dipendente ex art. 159 c.p.c.<sup>912</sup>.

La distinzione di qualificazione come formale o extraformale aveva prima dell'introduzione dell'art. 101 comma 2° c.p.c., un enorme significato, visto che veniva invocato da una parte delle dottrine<sup>913</sup> il principio di tassatività delle nullità formali ex art. 156 c.p.c., per cui, non essendo espressamente prevista dalla legge,

---

<sup>908</sup> FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, estratto da *Studi Urbinati*, 1984, 1 ss.; Contra FABIANI, *Rilievo d'ufficio di "questioni" da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006, I, 3178: l'Autore preferisce a tale ricostruzione, quella in cui considera la sentenza come un atto dipendente dell'atto nullo, cioè il rilievo officioso del giudice non sottoposto previamente al contraddittorio delle parti. Dunque la nullità diventa rilevante solo in quanto la sentenza può ritenersi un atto dipendente dell'atto nullo, ex art. 159 c.p.c..

<sup>909</sup> Cass. 27 luglio 2005, n. 15705.

<sup>910</sup> FABIANI, *Rilievo d'ufficio di "questioni" da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006, I, 3178.

<sup>911</sup> ID., *Rilievo d'ufficio*, loc. cit..

<sup>912</sup> ID., *Rilievo d'ufficio*, loc. cit..

<sup>913</sup> Teoria sostanzialista.



non poteva dichiararsi la nullità della sentenza per omessa instaurazione del contraddittorio da parte del giudice e la sentenza poteva essere impugnata solo se ingiusta<sup>914</sup>. Altra parte della dottrina<sup>915</sup> sosteneva che, trattandosi della violazione di un principio fondamentale del processo, la nullità era extraformale e, quindi, non era opponibile il principio di tassatività riferito alle sole nullità formali<sup>916</sup>.

Adesso la nullità essendo formalmente prevista, un eventuale proseguo della discussione su nullità formale o extraformale, non comporta grossi differenze dal punto di vista applicativo della sanzione di nullità e della modalità con cui tale vizio dovrà essere fatto valere in sede di impugnazione, in quanto i motivi di nullità si convertono in motivi di gravame<sup>917</sup>.

La nullità della sentenza, derivante dalla lesione del contraddittorio, legittima l'impugnazione delle parti, e consente loro di poter usufruire della riapertura della discussione nel grado successivo<sup>918</sup>.

## ***12. La posizione della giurisprudenza.***

Nell'evoluzione dell'elaborazione giurisprudenziale italiana, (antecedente alla modifica dell' art. 101 c.p.c.), per lungo tempo, dalla Cassazione è arrivato un segnale negativo, sulla questione delle sentenze "a sorpresa". Un consolidato orientamento giurisprudenziale era attestato sulla validità delle sentenze solipsisticamente adottate, in quanto configurava come mera facoltà del giudice, l'indicazione alle parti di eventuali questioni rilevate d'ufficio. Difatti, sin dalle sentenze Cass. 2694/1953, Cass. 1276/1954 e Cass. 4401/1954, si parlava di mera facoltà per il giudice, di indicare le questioni rilevabili d' ufficio, e ciò viene

---

<sup>914</sup> BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 412, e in *judicium.it*.

<sup>915</sup> Teoria garantista.

<sup>916</sup> BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c., cit.*, 412.

<sup>917</sup> ID., *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c., loc. cit.*.

<sup>918</sup> ID., *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c., loc. cit.*.

confermato dalla sent. Cass. 29 aprile, n. 2712/1982<sup>919</sup> con cui viene evidenziata questa attività del giudice come squisitamente discrezionale<sup>920</sup>

Solo nel 2001, la giurisprudenza ha aderito all'orientamento garantista con la sentenza "rivoluzionaria", Cass. 21 novembre 2001, n. 14637<sup>921</sup> <sup>922</sup> <sup>923</sup>, con cui la Suprema Corte ha dichiarato la nullità della sentenza fondata su una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti<sup>924</sup>. La giurisprudenza delibera che il giudice che intenda, dopo l'udienza di trattazione, sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, ha il dovere di indicarla alle stesse e di consentire loro di eccepire e di argomentare sul punto. Qualora invece il giudice decida la controversia sulla base di una questione

---

<sup>919</sup> Cass. civ., 29-04-1982, n. 2712, in *Foro it. On line*: "Ai fini della distinzione fra vendita ed appalto, quando alla prestazione di dare, caratterizzante la prima, si accompagna la prestazione di fare, caratterizzante il secondo, come nell'ipotesi in cui la materia sia fornita dalla parte obbligata anche ad un facere, occorre aver riguardo alla prevalenza dell'elemento della materia o del lavoro (processo produttivo), tenendo conto che nella vendita prevale la prima e nell'appalto il secondo; tale indagine, che costituisce una quaestio facti, come tale riservata al giudice del merito, il cui apprezzamento, se adeguatamente motivato, è insindacabile in sede di legittimità, va condotta non secondo un criterio obiettivo bensì alla stregua della concreta volontà delle parti, con la conseguenza che, se i litiganti, già fin dall'introduzione della lite, si dichiarano d'accordo, anche implicitamente, sulla loro comune volontà di dar prevalenza, al momento della stipulazione, all'uno od all'altro elemento, questo dato di fatto resta acquisito in causa ai fini della decisione ed il giudice non ha bisogno (come non ne ha per ogni altro fatto pacifico fra le parti) di dilungarsi a spiegare le ragioni della ritenuta qualificazione del negozio".

<sup>920</sup> In tal senso, *ex plurimis*, Cass., 29 aprile 1982, n. 2712., che afferma: "La richiesta alle parti, ad opera del giudice istruttore, dei chiarimenti necessari, prevista dal secondo comma dell'art. 183 c.p.c. (applicabile anche al giudice collegiale e, attraverso il richiamo dell'art. 359 c.p.c., anche in appello), costituisce un'attività squisitamente discrezionale, il cui mancato uso, lungi dal poter formare oggetto di un motivo di impugnazione per violazione della legge processuale, comporta soltanto una maggiore attivazione probatoria della parte che avrebbe avuto interesse a rendere i chiarimenti stessi".

<sup>921</sup> Cass., 21 Novembre 2001, n. 14637, in *Foro it. On line*: "Il giudice, che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve segnalarla alle medesime e consentire loro di eccepire e di argomentare in merito; qualora il giudice decida la controversia sulla base di una questione non previamente sottoposta alle parti, la sentenza è nulla per violazione del principio del contraddittorio (nella specie, la suprema corte ha cassato con rinvio la sentenza che aveva deciso di un'opposizione a ordinanza ingiunzione facendo perno sulla questione della sussistenza in astratto del potere sanzionatorio, non sollevata dalle parti né a queste sottoposta dal giudice)".

<sup>922</sup> Si trattava di un' opposizione ad un' ordinanza di ingiunzione emessa da una provincia, nei confronti di un comune per l' inquinamento di acque fluviali. All' esito di una complessa e articolata istruttoria, il pretore aveva annullato l' ordinanza ritenendo insufficiente, il potere di sanzionare, esercitato dalla provincia nei confronti di altro ente locale. La decisione venne cassata con rinvio per violazione dell' art. 183 comma 4° c.p.c..

<sup>923</sup> Questa pronuncia è analizzata dettagliatamente del capitolo 3, sez. 2, parte III, della presente indagine.

<sup>924</sup> Cass., 21 Novembre 2001, n. 14637, in *Giur. it.*, 2002, I, 1362 con nota di CHIARLONI e in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1611, con nota di LUISO.

non previamente sottoposta alle parti, la sentenza è nulla per violazione del principio del contraddittorio<sup>925</sup>.

Tale decisione rappresenta il frutto della riflessione avviata da giurisprudenza e dottrina sul nuovo testo dell'art. 111 Cost., la Corte ritiene che il comma 4° dell'art. 183 c.p.c., che impone al giudice di richiedere alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e di indicare le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione, sia espressione piena del principio del contraddittorio che governa il processo.

Due anni dopo, la Corte si occupava ancora del problema, con la sentenza n. 8993 del 2003<sup>926</sup>. In quel caso, il tribunale aveva dichiarato la nullità di un contratto di appalto ed aveva rigettato la domanda diretta ad ottenere la condanna al pagamento del corrispettivo. L' appello, con il quale era stata dedotta anche la nullità della sentenza per violazione dell'art. 183, comma 4° (allora 3°), c.p.c. era rigettato. La questione era riproposta quale motivo di ricorso per cassazione; sul punto, la Corte respingeva il motivo per difetto di interesse, in quanto la declaratoria di nullità, non pronunciata dalla corte di appello per il fatto che aveva costituito una decisione "a sorpresa", sulla questione della nullità del contratto di

---

<sup>925</sup> Si veda Cass., 21 Novembre 2001, n. 14637, in *Giust. civ.*, 2002,1, 1611 ss., con nota di LUIISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio*, cit. La Corte ha stabilito che il giudice che ritenga dopo l'udienza di trattazione di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve segnalarla alle medesime e consentire loro di eccepire e di difendersi in merito; qualora il giudice decida la controversia sulla base di una questione non previamente sottoposta alle parti, la sentenza è nulla per violazione del principio del contraddittorio. La sentenza ha accolto le indicazioni che da tempo provenivano dalla dottrina, la quale aveva affermato che il giudice ha il dovere di indicare l'eccezione rilevabile d'ufficio prima di pronunciare la sentenza sulla base di una soluzione c.d. "della terza via", sì da determinare la nullità della sentenza in caso di difetto di indicazione: si vedano MONTESANO -ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, cit., I, 348 ss.; CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit., 8 ss.; TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996, 85 ss.; FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, cit., 780 ss.; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione* in *Commentario Allorio*, I, Torino, 1973, 1046 ss.; DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit. 217 ss. Sul punto si confronti la posizione di CHIARLONI, *La sentenza della «terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, nota a Cass., 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giur. it.*, 2002,1, 1362 ss.; ID., *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 569 ss..

<sup>926</sup> Cass. civ., sez. I, 05-06-2003, n. 8993, in *Foro it. On line*: "Le ipotesi di rimessione della causa al primo giudice da parte del giudice d'appello, previste dagli art. 353 e 354 c.p.c., devono intendersi tassative, sicché - fuori di tali ipotesi (fra le quali non è compresa la violazione dell'art. 183 c.p.c., là dove si impone al giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione) - riprende vigore il principio generale della conversione delle ragioni di nullità in motivi di impugnazione, con il conseguente potere-dovere del giudice d'appello di trattenere la causa e di deciderla nel merito, previa la rinnovazione degli atti compiuti in violazione del principio del contraddittorio".

appalto non dedotta da alcuna delle parti e non indicata preventivamente dal primo giudice in violazione degli artt. 183 e 117 c.p.c. e artt. 24 e 111 Cost. non avrebbe apportato alcun risultato utile al ricorrente<sup>927</sup>.

L'anno successivo, il giudice di legittimità era nuovamente chiamato ad occuparsi della questione. Il caso deciso con la sentenza n. 1572 del 2004<sup>928</sup>, riguardava una controversia agraria, nell'ambito della quale i giudici di merito avevano dichiarato d'ufficio l'invalidità di una transazione conclusa senza l'assistenza delle organizzazioni professionali agricole. Nella motivazione, la Corte rilevava che "la richiesta alle parti, di chiarimenti necessari di cui all'art. 183 c.p.c., integra una attività squisitamente discrezionale del giudice del merito, il cui mancato uso non è sindacabile in sede di legittimità". Tale pronuncia contestava le conclusioni della sentenza 14637 del 2001, perché "non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di alcun atto del processo se la nullità non è comminata dalla legge".

Tale soluzione viene confermata nel 2005, con la sentenza Cass. 27 luglio 2005, n. 15705<sup>929</sup> <sup>930</sup>che ribadisce la validità della decisione della "terza via", condividendo il consolidato orientamento giurisprudenziale. In quella ipotesi, nell'ambito di una controversia ereditaria, il giudice di appello aveva dichiarato inammissibile l'impugnazione per difetto di interesse ad impugnare. Nella motivazione, la Corte ebbe cura di ribadire che "non è affetta da nullità e non è oggetto di alcuna censura

---

<sup>927</sup> La Corte rilevava che "tutta l'attività processuale e tutte le difese [...] si sono incentrate proprio sulla nullità del negozio pronunciata dai primi giudici, senza neppure necessità di chiedere un provvedimento di rimessione in termini per l'esercizio delle attività deduttive ed istruttorie non potute esercitare in primo grado".

<sup>928</sup> Cass. civ., sez. III, 28-01-2004, n. 1572, in *Foro it. On line*: "I giudizi in materia di contratti agrari sono devoluti alle sezioni specializzate agrarie e si svolgono con l'osservanza del rito del lavoro, di cui agli art. 409 seg. c.p.c.; ne consegue che non è ad essi applicabile l'art. 183 c.p.c., che regola l'udienza di trattazione nel rito ordinario (in applicazione di tale principio di diritto, la suprema corte ha ritenuto esente da vizi la sentenza di merito nella quale il giudice aveva rilevato ex officio l'improcedibilità di alcuni capi della domanda per la prima volta in sede decisoria, senza aver previamente indicato alle parti la questione come questione rilevabile d'ufficio della quale riteneva opportuna la trattazione, e senza quindi consentire alle parti di prendere posizione in merito)".

<sup>929</sup> Cass. 27 luglio 2005, n. 15705, per approfondimenti su tale pronuncia, si veda il capitolo 3, sezione 3, parte III, della presente indagine.

<sup>930</sup> Cass. 27 luglio 2005, n. 15705, in *Foro it. On line*: "Non è affetta da nullità e non è soggetta ad alcuna censura la sentenza che si fonda su una questione rilevata d'ufficio dal giudice al momento di assumere la decisione e dallo stesso non sottoposta previamente al contraddittorio delle parti, tenuto conto che la nullità degli atti del processo può essere dichiarata solo se espressamente comminata dalla legge e che l'art. 183 c.p.c., che pure prevede che il giudice indichi alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, non commina alcuna sanzione per l'omissione di tale adempimento".

la sentenza che si fonda su una questione rilevata di ufficio al momento dell'assunzione della decisione e non sottoposta dal giudice al preventivo contraddittorio delle parti con l'indicazione alle stesse parti di detta questione. Non può infatti essere pronunciata la nullità per inosservanza di atti del processo se la nullità non è comminata dalla legge, una disposizione in tal senso manca nell'articolo 183 c.p.c. come sanzione dell'omessa indicazione alle parti delle questioni rilevabili di ufficio"<sup>931</sup>.

Da questa pronuncia si giunge però alla Cass. 5 agosto 2005, n. 16577<sup>932</sup> <sup>933</sup>, con cui la Corte muta nuovamente orientamento dichiarando la nullità, quando la questione non sollevata, avrebbe comportato nuovi sviluppi della lite, non presi in considerazione dalle parti, modificando dunque il quadro fattuale. Ciò determina la nullità della sentenza, per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell' esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie, sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria.

Questa tendenza venne riconfermata nello stesso anno, con la decisione Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108<sup>934</sup> <sup>935</sup>, dove la mancata segnalazione, da parte del giudice,

---

<sup>931</sup> La fattispecie riguarda la divisione di beni caduti in successione, con liquidazione della quota di usufrutto del coniuge superstite, contestata da quest'ultimo e da altro erede, per violazione dell'art.183 comma 3° c.p.c..

<sup>932</sup> Cass. 5 agosto 2005, n. 16577, questa pronuncia viene analizzata nel capitolo 3, sezione 2, parte III, della presente indagine.

<sup>933</sup> Cass. 5 agosto 2005, n. 16577, in *Foro it. On line*: "La mancata segnalazione, da parte del giudice, di una questione sollevata d'ufficio che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria; qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394, 3° comma, c.p.c., sia dato spazio alle attività processuali che la parte abbia lamentato di non aver potuto svolgere a causa della decisione solitariamente adottata dal giudice (sulla base di tale principio, la suprema corte ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, con cui il giudice di appello aveva rigettato l'azione revocatoria promossa da una banca nei confronti di un atto di disposizione patrimoniale posto in essere da un fideiussore, rilevando d'ufficio la nullità della fideiussione, ai sensi dell'art. 10 l. 17 febbraio 1992 n. 154, senza rimettere la causa sul ruolo per consentire all'attrice di allegare e provare che il debito garantito derivava da operazioni bancarie poste in essere anteriormente all'entrata in vigore della predetta disposizione, non avente efficacia retroattiva)".

<sup>934</sup> Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108, questa pronuncia viene analizzata nel cap. 3, sez. 2, parte III, della presente indagine.

della questione officiosa, viene ricondotta a violazione del dovere di collaborazione del giudice con le parti, intrinseco alla sua posizione di terzietà.

La Corte dichiarava la nullità di una decisione assunta in violazione dell'art. 183, comma 4°, si trattava di una opposizione a precetto per crediti di mantenimento; il giudice di pace aveva accolto l'opposizione, perché dalle risultanze processuali, risultava per lo stesso periodo e per uguali somme, attivato un precedente precetto, cosicché il secondo doveva ritenersi improduttivo di effetti per il principio del *ne bis in idem*. La decisione venne cassata, perché “in primo grado, anche successivamente alla prima udienza e fino al momento in cui deve adottare la sua decisione, il giudice che ritenga di decidere la lite in base ad una questione rilevata d'ufficio, senza averla previamente sottoposta alle parti, al fine di provocare su di essa il contraddittorio, e consentire lo svolgimento delle opportune difese in relazione al mutato quadro della materia del giudizio, deve astenersi dal decidere solitariamente e procedere alla segnalazione della questione che intende rilevare d'ufficio, riaprendo su di essa il dibattito e dando spazio alle consequenziali attività”<sup>936</sup>.

---

<sup>935</sup> Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108 in *Foro it. On line*: Il giudice che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve sottoporla ad esse al fine di provocare il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese, dando spazio alle consequenziali attività; la mancata segnalazione da parte del giudice comporta la violazione del dovere di collaborazione e determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria; qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, cagiona, se fondata, non già la regressione al primo giudice, ma, in forza del disposto dell'art. 354, 4° comma, c.p.c., la rimessione in termini per lo svolgimento nel processo d'appello delle attività il cui esercizio non è stato possibile; ove invece la violazione sia avvenuta nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394, 3° comma, c.p.c., sia dato spazio alle attività processuali omesse; eguale soluzione va adottata nel caso di sentenza non soggetta ad appello e come tale ricorribile per cassazione (fattispecie relativa a sentenza del giudice di pace che aveva accolto un'opposizione a precetto rilevando in sentenza che per le stesse somme era stato in precedenza notificato altro precetto”).

<sup>936</sup> “Nella motivazione: la Corte indicava anche le conseguenze della nullità ritenuta sussistente: “qualora la violazione della norma procedimentale che impone al giudice di segnalare la questione rilevabile d'ufficio avvenga in primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere se fosse stata provocata a discutere sulla questione, determina, se fondata, non già la regressione al primo giudice non vertendosi in una delle ipotesi previste dall'alt. 354 c.p.c., bensì la rimessione in termini per lo svolgimento, nel processo di appello, delle attività il cui esercizio non è stato possibile, come è dato desumere dal comma 4° del citato art 354”. “Qualora la violazione, nei

Seguono poi nel 2007, le sent. Cass. 12952/2007<sup>937</sup> e Cass. 16630/2007<sup>938</sup>, entrambe si collocano nella prospettiva dell' interesse ad impugnare.

Quest' ultimo, come specifica la sent. Cass. 12952/2007, in ossequio all' elaborazione dottrinale, corrisponde al margine di vantaggio oggettivo che l'impugnante potrebbe conseguire dalla sentenza di riforma; questo mancherebbe, nel caso in cui la rimozione del vizio fosse fine a sé stessa e non funzionale alle attività difensive non concesse nel grado precedente. Secondo la sent. Cass. 16630/2007, la denuncia dei vizi di attività del giudice “non tutela l' astratta regolarità dell' attività giudiziaria, ma garantisce solo l' eliminazione del pregiudizio del diritto di difesa” concretamente subito dall' impugnante.

Sempre nel 2007 è intervenuta la Corte costituzionale con la sent. 321/2007, in cui ha ritenuto che il principio del contraddittorio tutela il diritto delle parti di concorrere con la loro attività difensiva alla decisione giusta e partecipata della lite, cioè fondata sul dialogo trilaterale tra attore, convenuto e giudice. Qualora la

---

termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394, comma 3° c.p.c., sia dato spazio alle attività processuali che la parte abbia lamentato di non aver potuto svolgere a causa della decisione solitariamente adottata dal giudice. Ed eguale soluzione va adottata nel caso di sentenza non soggetta ad appello e come tale ricorribile per Cassazione”.

<sup>937</sup> Cass. 12952/2007, in *Foro it. On line*: “Per far valere quale motivo di appello un vizio di nullità relativa che abbia inficiato il giudizio di primo grado, riflettendosi sulla validità della relativa sentenza, è necessario, in considerazione del disposto di cui all'art. 157 c.p.c., che la parte interessata lo abbia dedotto tempestivamente nella prima istanza o difesa successiva all'atto ritenuto invalido, ovvero alla notizia di esso, e che non abbia, quindi, rinunciato tacitamente ad eccepirlo, così implicitamente sanandolo, poiché, in caso contrario, il relativo motivo di impugnazione è da ritenersi inammissibile per carenza di interesse, fermo restando peraltro, che, anche quando non si sia verificata la preclusione a far valere la suddetta nullità processuale, è necessario che la parte impugnante indichi specificamente quale sia stato il pregiudizio arrecato alle proprie attività difensive dalla invocata invalidità (nella specie, la suprema corte ha dichiarato inammissibile il motivo di ricorso con il quale si era censurata la sentenza di appello per non aver pronunciato sull'eccezione di nullità per violazione del principio del contraddittorio nel giudizio di primo grado verificatasi in apposita udienza, avendo lo stesso ricorrente ammesso di aver partecipato a quella immediatamente successiva nella quale non aveva formulato alcuna eccezione, così producendo la sanatoria della presunta nullità ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 157 c.p.c.)”.

<sup>938</sup> Cass. 16630/2007, in *Foro it. On line*: “In materia di impugnazioni civili vige il principio per cui la denuncia di vizi dell'attività del giudice che comporti la nullità della sentenza o del procedimento, ai sensi dell'art. 360 n. 4, c.p.c., non tutela l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce solo l'eliminazione del pregiudizio del diritto di difesa concretamente subito dalla parte che denuncia il vizio, sicché la denuncia del mancato invito a precisare le conclusioni può comportare la cassazione della sentenza solo se il ricorrente in concreto indichi le istanze, le modifiche o le deduzioni che si sarebbero volute effettuare ed il conseguente pregiudizio a lui derivato”.

parte lamenti il mancato rispetto del principio del contraddittorio, al fine di ottenere la declaratoria della nullità della sentenza da parte del giudice del gravame, dovrà dimostrare quali istanze istruttorie ed allegazioni difensive le sono state precluse di proporre, per via del mancato rispetto del principio del contraddittorio.

Nel 2008, con la sentenza Cass. 9169/2008<sup>939</sup>, il giudice di legittimità ha precisato che l'impugnante, qualora faccia valere un vizio di attività, è tenuto all'indicazione puntuale delle attività difensive che siano state compromesse dalla violazione della regola processuale. Dunque da questa pronuncia può trarsi un principio che consente la risoluzione della *quaestio* delle conseguenze di una sentenza di “terza via”<sup>940</sup>.

---

<sup>939</sup> Cass. civ., sez. I, 09-04-2008, n. 9169, in *Foro it. On line*: “Qualora venga dedotto il vizio della sentenza di primo grado per avere il tribunale deciso la causa nel merito prima ancora che le parti avessero definito il thema decidendum e il thema probandum, l'appellante che faccia valere tale nullità - una volta escluso che la medesima comporti la rimessione della causa al primo giudice - non può limitarsi a dedurre tale violazione, ma deve specificare quale sarebbe stato il thema decidendum sul quale il giudice di primo grado si sarebbe dovuto pronunciare ove fosse stata consentita la richiesta appendice di cui all'art. 183, 5° comma, c.p.c., e quali prove sarebbero state dedotte, poiché in questo caso il giudice d'appello è tenuto soltanto a rimettere le parti in termini per l'esercizio delle attività istruttorie non potute svolgere in primo grado”.

<sup>940</sup> GIORDANO, *La sentenza della “terza via”*, cit., 911 e ss..



Con la sent. Cass. 15194/2008<sup>941</sup> <sup>942</sup> <sup>943</sup>, la Suprema Corte ha deliberato in senso favorevole alla nullità di pronuncia fondata su una questione rilevata d' ufficio in appello, senza il previo contraddittorio delle parti. Il giudice di legittimità, ha precisato che l' impugnante, qualora faccia valere un vizio di attività, è tenuto all' indicazione puntuale delle attività difensive che siano state compromesse dalla violazione della regola processuale<sup>944</sup>.

*13. Segue. Una possibile composizione del contrasto giurisprudenziale (riguardo la necessità di un pregiudizio per il soccombente, per la configurabilità della nullità): la sent. Cass. 20935/2009 e le successive elaborazioni giurisprudenziali.*

Come emerge dalla disamina delle pronunce analizzate, si poneva prima della novella del 2009 (relativa all' art 101 comma 2° c.p.c.), la problematica se la nullità della decisione operi comunque, indipendentemente dalla circostanza che ne sia derivato un pregiudizio concreto e specifico alla parte. Tale interrogativo non è stato tutt' ora definitivamente risolto.

---

<sup>941</sup> Cass. 15194/2008, questa pronuncia viene analizzata nel capitolo 3, sezione 2, parte III, della presente indagine.

<sup>942</sup> La fattispecie riguarda una opposizione a decreto ingiuntivo. Il giudice di appello aveva dichiarato la nullità dell'intero giudizio per la mancanza, in atti, delle procure speciali dell'opponente e dell'opposto; a sostegno della decisione, la Corte richiamava la novella dell' art. 384, comma 3", c.p.c., nel frattempo sopravvenuta, e ribadiva che "il giudice il quale ritenga di decidere la lite in base ad una questione rilevata di ufficio senza averla previamente sottoposta alle parti al fine di provocare sulla stessa il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle rispettive difese in relazione al mutato quadro della materia del contendere, deve astenersi dal decidere solitariamente e deve procedere alla segnalazione della questione che intende rilevare di ufficio, riaprendo su di essa il dibattito e dando spazio alle consequenziali attività, in quanto, in caso contrario, si avrebbe violazione del diritto di difesa in ragione del mancato esercizio del contraddittorio".

<sup>943</sup> Cass. civ., sez. II, 09-06-2008, n. 15194, in *Foro it. On line*: "Il giudice non può decidere la lite in base ad una questione rilevata d'ufficio senza averla previamente sottoposta alle parti, al fine di provocare sulla stessa il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle rispettive difese in relazione al mutato quadro della materia del contendere, dovendo invece procedere alla segnalazione della questione medesima e riaprire su di essa il dibattito, dando spazio alle consequenziali attività delle parti; infatti, ove lo stesso giudice decida in base a questione rilevata d'ufficio e non segnalata alle parti, si avrebbe violazione del diritto di difesa per mancato esercizio del contraddittorio, con conseguente nullità della emessa pronuncia (nella specie, la suprema corte ha evocato, a conforto dell'enunciato principio di diritto, anche la nuova formulazione dell'art. 384, 3° comma, c.p.c., sostituito dall'art. 12 d.leg. n. 40 del 2006, sul rilievo officioso di questioni nel giudizio di cassazione)".

<sup>944</sup> GIORDANO, *La sentenza della "terza via"*, cit., 911.

Le Sezioni unite, nella sentenza n. 20935 del 30 settembre 2009<sup>945</sup> <sup>946</sup> opportunamente focalizzano l'attenzione, su quello che definiscono il nodo problematico tuttora aperto: se l'omessa indicazione della questione rilevabile d'ufficio, possa non comportare *ipso facto* la nullità della sentenza, poiché tutto si versa sulla giustizia o ingiustizia della decisione, ovvero se tale nullità sia indefettibile conseguenza della violazione del dovere di imparzialità del giudice, per la sua posizione *super partes*, che connota ogni "giusto processo". La Corte esprime poi il convincimento che, ferma restando la violazione "deontologica" da parte del giudicante che decida pronunciando sentenza, sulla base di rilievi, non sottoposti previamente al contraddittorio delle parti (all'udienza di trattazione, ovvero se accertati successivamente, anche in altro momento del processo), la nullità processuale non possa essere *ipso facto*, sempre e comunque predicata. La sentenza può considerarsi come un momento di sintesi e di componimento dei due diversi filoni interpretativi garantista e sostanzialista<sup>947</sup> anche per la ragione che, com'è stato esattamente osservato da Consolo<sup>948</sup>, i due diversi orientamenti

---

<sup>945</sup> Cass. 30 settembre 2010, n. 20935, in *Rep. Foro it.*, 2009, 1723: "Nel caso in cui il giudice esamini d'ufficio una questione di puro diritto, senza procedere alla sua segnalazione alle parti onde consentire su di essa l'apertura della discussione (cosiddetta terza via), non sussiste la nullità della sentenza, in quanto (indiscussa la violazione deontologica da parte del giudicante) da tale omissione non deriva la consumazione di altro vizio processuale diverso dall'*error iuris* in iudicando ovvero dall'*error* in iudicando de iure procedendi, la cui denuncia in sede di legittimità consente la cassazione della sentenza solo se tale errore sia in concreto consumato; qualora, invece, si tratti di questioni di fatto, ovvero miste di fatto e di diritto, la parte soccombente può dolersi della decisione, sostenendo che la violazione di quel dovere di indicazione ha vulnerato la facoltà di chiedere prove o, in ipotesi, di ottenere una eventuale rimessione in termini, con la conseguenza che, ove si tratti di sentenza di primo grado appellabile, potrà proporsi specifico motivo di appello solo al fine di rimuovere alcune preclusioni (specie in materia di contro-eccezione o di prove non indispensabili), senza necessità di giungere alla più radicale soluzione della rimessione in primo grado, salva la prova, in casi ben specifici e determinati, che sia stato realmente ed irrimediabilmente vulnerato lo stesso valore del contraddittorio".

<sup>946</sup> La sentenza concerne opposizione a sanzioni amministrative comminate dalla Consob, in relazione alla diffusione di comunicati stampa emessi da due società, su richiesta della stessa Autorità di vigilanza. Con uno dei motivi del ricorso principale veniva sollevata la questione della possibile violazione del contraddittorio per avere il giudice territoriale ritenuto di decidere la lite prendendo comunque in esame una questione, relativa all'entità della sanzione irrogata, rilevata *ex officio*, senza procedere alla sua segnalazione alle parti, onde consentire l'apertura della discussione. Inoltre, con ricorso incidentale, veniva sollevata, tra l'altro, la questione della rilevanza d'ufficio dei rapporti tra segreto professionale e responsabilità amministrativa. La Corte decide per il rigetto dei ricorsi.

<sup>947</sup> Per un'analisi degli orientamenti giurisprudenziali garantista e sostanzialista, si veda il cap. 3, sez. 2-3, parte III, della presente indagine.

<sup>948</sup> CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., 355 e ss..

non sono così distanti, come potrebbero apparire, se si pone attenzione ai molteplici *distinguo* posti dai diversi interpreti dell'una e dell'altra tesi.

La richiamata pronuncia delle sezioni unite, è successiva alla novella legislativa, ma riguarda fattispecie soggetta alla previgente disciplina *ratione temporis*.

Il nodo problematico affrontato dalle Sezioni Unite, se l'omessa indicazione di questione rilevabile d'ufficio, possa non comportare *ipso facto* la nullità della sentenza, resta tuttora aperto e si ripropone anche dopo la novella legislativa, che in realtà, più che un'autentica novità, appare semmai ricognitiva di conclusioni già raggiunte.

Di fronte all'inequivoca dizione dell'art. 101 comma 2° c.p.c., sembrerebbe non più dubitabile<sup>949</sup> che il difetto del contraddittorio determini la nullità della sentenza, salvo poi a verificare se e quando sia possibile una sanatoria del vizio, non essendo più sostenibile la sua mancanza in origine.

A riguardo, Consolo<sup>950</sup> ha individuato, la possibilità di una peculiare sanatoria della nullità ex art. 101 comma 2° c.p.c., per mancanza dello scopo dell'atto omesso. Tale sanatoria non è lontana da quella prevista dall'art. 156 comma 3° c.p.c. (per il raggiungimento dello scopo). Tale ipotesi è però diversa, poiché viene evidenziato, che nessuna attività difensiva (ad es. allegazione, istruttoria), sia stata impedita alle parti, quindi il contraddittorio omesso, se debitamente attivato, sarebbe comunque risultato privo di scopo. Si tratta dunque di una sanatoria per carenza di scopo dell'atto omesso, che è destinata ad operare in sede di gravame, nel caso in cui, il soccombente, menomato nel suo diritto di difesa, non sia riuscito a dimostrare con l'atto di impugnazione, quali specifiche attività difensive, non ha potuto svolgere nel grado precedente, per cercare almeno in parte di prevalere, qualora gli fossero stati concessi gli adeguati spazi dialettici.

Secondo la sent. Cass. 20935/2009, è necessario che il rilievo officioso non sottoposto a contraddittorio, abbia determinato ipotesi di sviluppo della *res litigiosa*, fino a quel momento non considerate dalle parti, sotto il profilo probatorio.

---

<sup>949</sup>GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*, in *Riv. dir. Proc.* 2010, 826 e ss.

<sup>950</sup> CONSOLO, *Le Sezioni unite, cit.*, 355 e ss..

Sostenendo che la nullità, consegua ad una fattispecie complessa, che comprenda non solo l'omissione del contraddittorio, ma anche la concreta lesione del diritto di difesa in ragione delle attività difensive non consentite, si potrebbe affermare che la nullità debba escludersi in radice, quando non abbia arrecato un concreto pregiudizio alle parti.

L'eventuale violazione dell'art. 101 comma 2° c.p.c., così come dell'art. 183 comma 4° c.p.c., soggiace alla regola della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame. Ne risulta, pertanto, che può essere fatta valere soltanto dalla parte soccombente che ha interesse a dedurre la nullità. L'impugnativa sarà inammissibile per carenza di interesse quando la violazione del contraddittorio si riveli innocua. Però come puntualizza Consolo, solo impropriamente si può parlare di carenza di interesse, perchè la emersione della mancanza di causalità del vizio, in termini di concreto pregiudizio per la parte soccombente, non fa venir meno l'interesse per impugnare, ma determina la sanatoria del vizio denunciato, con conseguente necessario rigetto nel merito dell'impugnazione (ove fondato solo su questo)<sup>951</sup>.

L'onere di dimostrare, che l'attività illegittimamente preclusa avrebbe inciso sulla decisione del rilievo officioso, e indirettamente sulla sentenza stessa, spetta alla parte interessata a far valere la relativa nullità. Ciò in forza del principio, secondo il quale, l'onere della prova è a carico della parte "più vicina" ai fatti da provare, e soprattutto perchè il fatto oggetto di prova consiste in istanze e deduzioni, che il soccombente avrebbe, successivamente e verosimilmente, potuto fruttuosamente svolgere nel grado precedente<sup>952</sup>.

Il soccombente dovrà dunque dimostrare che le argomentazioni che non ha potuto spendere, o i mezzi di prova che non ha potuto richiedere, a causa della violazione del dovere di collaborazione imposto al giudice, avrebbero potuto portare ad una diversa soluzione della questione rilevata d'ufficio. In pratica, dovrà dimostrare che se la questione officiosa, fosse stata diversamente risolta, sarebbe stata in grado di condurre, almeno solo in parte, e anche solo quanto al tipo di motivazione, ad un diverso esito della lite<sup>953</sup>.

---

<sup>951</sup> ID., *Le Sezioni unite, loc. cit.*.

<sup>952</sup> ID., *Le Sezioni unite, loc. cit.*.

<sup>953</sup> ID., *Le Sezioni unite, loc. cit.*.

Similmente alla sent. Cass. 20935/2009, la sent. Cass. 27 aprile 2010, n. 10062<sup>954</sup>, stabilisce che la nullità della decisione per violazione del contraddittorio, è subordinata alla positiva dimostrazione che l'attività di allegazione e istruzione, che la parte non ha potuto esplicare, avrebbe portato a una differente soluzione della questione rilevata e decisa officiosamente.

La sentenza 6051/2010<sup>955</sup> richiama i principi già stabiliti dalla sent. Cass. 21108/2005, precisando che il rilievo in appello della violazione del contraddittorio, verificatasi in primo grado, presuppone l'indicazione delle attività processuali precluse in conseguenza dell'omesso preventivo contraddittorio<sup>956</sup>.

La sentenza, Cass. 9072/2010<sup>957</sup>, precisa che la mancata prospettazione del pregiudizio concreto e specifico subito dal ricorrente, nel senso della violazione del

---

<sup>954</sup> Cass. 27 aprile 2010, n. 10062, in *Foro it. on line*: "La mancata segnalazione da parte del giudice di una questione, rilevata d'ufficio per la prima volta in sede di decisione, che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio e delle connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione decisiva ai fini della deliberazione; pertanto se la violazione si è verificata nel giudizio di appello, la sua deduzione come ricorso in giudizio di legittimità, determina la cassazione con rinvio della pronuncia impugnata, affinché ai sensi dell'art. 394, 3° comma c.p.c. possano essere esplicate le attività processuali che la parte abbia lamentato di non aver potuto svolgere a causa della decisione solitariamente adottata dal giudice (nella fattispecie la sentenza d'appello aveva respinto la domanda di pagamento provvigioni proposta da un mediatore immobiliare, a causa della mancata prova dell'iscrizione dell'attore nell'albo professionale)".

<sup>955</sup> Cass., 12 marzo 2010, n. 6051, in *Foro it. on line*: "Solo quando la parte che se ne dolga prospetti in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere in sua difesa qualora il contraddittorio sulla predetta eccezione fosse stato tempestivamente attivato, in quanto, alla stregua del canone costituzionale di ragionevole durata del processo, detta indicazione non costituisce un adempimento fine a se stesso, la cui omissione è censurabile in sede d'impugnazione a prescindere dalle sue conseguenze pratiche, ma assume rilievo solo in quanto finalizzata all'esercizio effettivo dei poteri di difesa".

<sup>956</sup> La violazione dell'art. 183, comma 4° c.p.c. "può comportare, in linea di principio la nullità", ma che l'"inadempimento è da ritenere rilevante come causa di impugnazione della sentenza solo quando la parte che se ne dolga possa anche prospettare le concrete ragioni che avrebbe potuto far valere". La Cass. 6051/2010, richiama i principi affermati dalla Cass. 21108/2005. Nel caso di specie i ricorrenti si dolevano del rilievo della inapplicabilità della sospensione feriale alla opposizione alla esecuzione proposta; la Corte ha dato atto ai ricorrenti della prospettazione delle "concrete ragioni", ma ha anche negato che esse avessero "fondamento giuridico" ed ha, conseguentemente, escluso la nullità della sentenza, richiamando anche il principio di ragionevole durata del processo.

<sup>957</sup> Cass., 23 aprile 2010, n. 9072, in *Foro it. on line*: "L'omessa segnalazione alle parti, ad opera del giudice, di una questione rilevabile d'ufficio, sulla quale si fondi la decisione, determina la nullità della sentenza per lesione del diritto di difesa solo nell'ipotesi in cui la parte prospetti in concreto che dall'inosservanza dell'art. 183 c.p.c. sia derivata la violazione del diritto di chiedere prove o di ottenere la rimessione in termini".

diritto di chiedere prove o di ottenere rimessioni in termini impedisce l'esame del motivo di ricorso.

Quindi in definitiva, non sarebbe nullo qualunque provvedimento emesso, senza aver provocato il contraddittorio tra le parti, ma soltanto quelli che, in considerazione dell' oggetto, se fossero stati preannunciati, avrebbero aperto la possibilità dell' esercizio di nuovi poteri e facoltà assertive e probatorie.

Rileva Consolo<sup>958</sup> che la circostanza che il soccombente, nel suo gravame, non indichi alcunché di pertinentemente deducibile, quale conseguenza della questione nuova, emersa solo in sentenza, già fa acquisire al processo, “la miglior prova dell'assenza in concreto di alcuno scopo conseguibile da quel contraddittorio eliso e produrrà *ipso facto* la sanatoria del vizio”.

Chiarloni reputa illogica la sanzione di nullità per l'omessa attivazione del contraddittorio su questioni pertinenti al “comune sapere” dei soggetti del processo: “la violazione del contraddittorio deve essere tale da non aver permesso alla parte di far prendere alla controversia, con allegazioni successive, una strada alternativa che le consenta di pervenire ugualmente alla desiderata vittoria”<sup>959</sup>. Dunque affinché il vizio sia dichiarabile in sede di gravame, non è sufficiente la decisione a sorpresa, ma si rende necessario l' interesse ad impugnare. Il nuovo testo dell' art. 360 bis n.2) c.p.c., secondo Chiarloni in qualche modo forse potrebbe contribuire a questa soluzione, nella misura in cui esige che il vizio della sentenza impugnata per ragioni di procedura determini una violazione dei principi regolatori del “giusto processo”<sup>960</sup>.

Tuttavia, Chiarloni conclude il suo recente saggio dicendo: “non sono sicuro che quest' interpretazione correttiva o quell' altra assai ingegnosa, recentemente escogitata da Claudio Consolo che individua una curiosa forma di sanatoria *ex post* della nullità, saranno unanimamente condivise. Si potrà sempre trovare qualche interprete e qualche giudice capaci di obiettare sulla base della collocazione sistematica del nuovo art. 101 comma 2° c.p.c., che la violazione del principio del contraddittorio, per avere il giudice di secondo grado deciso questioni d' ufficio senza sottoporle alla discussione delle parti, deve sempre essere punita dal giudice

---

<sup>958</sup> CONSOLO, *Le Sezioni unite*, loc. cit..

<sup>959</sup> CHIARLONI, *Efficienza della giustizia, formalismo delle garanzie e sentenze della terza via*, in *Giur. it.*, 2011, 208-209.

<sup>960</sup> CONSOLO, *Le Sezioni unite*, 355 e ss..

di legittimità, con assoluta indifferenza al fatto che la violazione abbia o non abbia influito sulla giustizia della sentenza. Al di fuori della sentenza della terza via, non solo in campo penale, dove sono legioni, ma anche in campo civile la fantasia casistica ci mostra con dovizia esempi del genere”<sup>961</sup>.

La dottrina più attenta ad evitare il formalismo delle garanzie, è stata per anni concorde nell’ammettere l’applicabilità delle disposizioni generali, previste in tema di nullità degli atti processuali, quali gli artt. 156 e ss. c.p.c., diretti a tutelare l’effettivo e concreto esercizio dei poteri processuali delle parti. In base all’art. 156 comma 3° c.p.c., la dichiarazione di nullità, è impedita quando l’atto abbia comunque raggiunto il suo scopo. Nel caso di specie lo scopo è l’esercizio dei poteri processuali conseguenti al rilievo officioso. Ne deriva che lo scopo deve ritenersi raggiunto, quando la parte non dimostri il pregiudizio difensivo (nonostante il vizio procedurale); ad esempio, se il rilievo officioso non comportava nessuna esigenza di replica delle parti, seguirebbe una sanatoria per raggiungimento dello scopo<sup>962</sup>.

Così pure, ai sensi dell’art. 159, comma 1° c.p.c., è da escludere che la nullità del procedimento possa riflettersi sulla sentenza, quando la questione rilevata sia ininfluyente ai fini della decisione, oppure a prescindere dalla stessa il giudice sarebbe giunto alla medesima decisione. In tal caso, probabilmente, non potrebbe nemmeno parlarsi di decisione “a sorpresa”, mancando il necessario nesso causale tra questione officiosa e decisione assunta.

D’altra parte, va detto, che quando non vi sia stato un concreto pregiudizio alla difesa o un’effettiva esigenza di replica, rimasta compressa, sussiste carenza d’interesse ad impugnare ex art. 157, comma 2° c.p.c., a norma del quale, la nullità non può essere fatta valere dalla parte che non vi abbia interesse.

Non può censurarsi come nulla, la decisione “a sorpresa” del giudice, se la parte non lamenti il mancato esercizio di specifiche facoltà processuali, perché evidentemente la sentenza sarebbe destinata ad essere confermata in sede d’impugnazione.

---

<sup>961</sup> ID., *Le Sezioni unite, loc. cit.*

<sup>962</sup> Ciò è detto espressamente dalle sezioni unite nella più volte richiamata sentenza n.20935/2009, seguita da Cassazione 23 aprile 2010 n. 9072, con riferimento al contesto normativo precedente alla novella del 2009.

Peraltro, è stato pure osservato che la parte soccombente, non può dedurre la violazione del contraddittorio senza contestare anche l'esattezza della soluzione accolta in ordine alla questione processuale rilevata *ex officio*, in quanto inammissibile perché priva di interesse ad agire la relativa impugnazione.

Così, per esempio, nel caso in cui fosse impugnato il provvedimento dichiarativo dell'estinzione, perché emesso in mancanza del preventivo contraddittorio tra le parti, senza censurare il perfezionamento della fattispecie estintiva<sup>963</sup>.

Al contrario alcuni autori, come ad esempio Gradi<sup>964</sup> e Oriani<sup>965</sup>, ritengono ammissibile l'impugnazione in mero rito. Oriani afferma che, nel caso di violazione di forme processuali, previste a pena di nullità, il pregiudizio alla difesa sarebbe *in re ipsa*, per cui la parte danneggiata non dovrebbe dimostrare anche il mancato raggiungimento dello scopo<sup>966</sup>.

Da ultimo la sent. Cass 793/2013, ha stabilito che si possono considerare come legittime le decisioni di "terza via", qualora concernino esclusivamente problematiche di puro diritto (pur involgenti profili esclusivamente procedurali). Dato che tali questioni non innovano minimamente l'impostazione giuridica discussa dalle parti, quest'ultime non potrebbero fornire elementi differenti da quelli rilevati d'ufficio e dunque, e dunque il loro punto di vista si appalesa del tutto pleonastico<sup>967</sup>.

#### **14. La violazione del contraddittorio in appello.**

È possibile che la violazione del contraddittorio si verifichi in grado di appello, o perché il giudice d'appello ha ommesso di stimolare il contraddittorio su una questione rilevata d'ufficio, ovvero perché il giudice d'appello non ha accolto il

---

<sup>963</sup> COSTANTINO, *Questioni processuali*, cit.

<sup>964</sup> GRADI, *Il principio del contraddittorio*, cit.

<sup>965</sup> ORIANI, *Voce nullità degli atti processuali*, Enciclopedia Giuridica, vol. XII, Roma, 1986, 11.

<sup>966</sup> MARTINETTO, *Della nullità degli atti in Commentario del Codice di Procedura Civile*, diretto da ALLORIO, Vol. I, 2, Torino, 1973, 1597 e ss., secondo il quale la denuncia della nullità è possibile a prescindere che la circostanza della nullità abbia o no procurato un pregiudizio.

<sup>967</sup> Questo principio era stato già precedentemente dalla Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Corr. giur.*, 2010, 352 ss., che prende in considerazione il caso in cui il rilievo officioso riguardi una questione di puro diritto, e in tale ipotesi, secondo tale pronuncia non potrebbe parlarsi di nullità della sentenza.



gravame, per una decisione pronunciata in violazione del contraddittorio, con la conseguente mancata rimozione del vizio della sentenza di primo grado. In questo caso, con il ricorso per cassazione è possibile far valere il vizio innanzi alla Suprema Corte ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c.<sup>968</sup>.

In cassazione però, la possibilità di rimediare alla nullità della sentenza impugnata, è più limitata, dato che non è possibile effettuare istruzione probatoria, perciò il problema si pone, date le caratteristiche di questo giudizio, per quanto concerne le eventuali prove, che la parte intenda produrre o richiedere, nella prospettiva della declaratoria di nullità<sup>969</sup>.

E' necessario chiarire se la parte, la quale lamenti la nullità e prospetti, in replica al rilievo officioso "a sorpresa", una nuova linea di attacco o di difesa, la quale implichi la necessità di nuove prove, sia o meno tenuta a produrle/ richiederle subito<sup>970</sup>.

La risposta dipende da cosa si ritenga in merito alla possibilità, in cassazione, di un' istruttoria documentale, e di una decisione sulla rilevanza dei fatti e sull'ammissibilità delle relative prove costituende<sup>971</sup>. Premesso che la Corte deve ovviamente essere posta in grado di stabilire, se decidere direttamente, oppure limitarsi a cassare e rinviare, e che il ricorso deve dunque contenere tutti gli elementi rilevanti al riguardo, laddove si ritenga che in cassazione sia preclusa qualunque attività e qualunque valutazione istruttoria, è evidente che la parte non sia tenuta ad alcuna produzione/ richiesta<sup>972</sup>. In quest'ottica, il rinvio si impone<sup>973</sup> infatti senz'altro, per il semplice fatto della prospettiva di un'istruttoria<sup>974</sup>. Ai fini di

---

<sup>968</sup> In questo senso, MONTESANO, *La garanzia*, cit., 932; MONTESANO - ARIETA, *Trattato*, cit., I, 361; CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 115 nt. 58; FABIANI, *Rilievo*, cit., 3182; CONSOLO, *Questioni*, cit., 509.

<sup>969</sup> FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, cit., 564 -565.

<sup>970</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, loc. cit..

<sup>971</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, loc. cit..

<sup>972</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, loc. cit..

<sup>973</sup> Per la dottrina favorevole all'applicazione della cassazione con rinvio al caso di specie (nonostante manchi ogni riferimento alla 'natura' del rinvio), cfr.: ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, 24; MONTESANO, *La garanzia*, cit., 932; MONTESANO - ARIETA, *Trattato*, cit., I, 361; LUISO, *Questione*, cit., 1615; CHIARLONI, *La sentenza*, cit., 1364; CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 115 nt. 58; 121, nt. 66; CIVININI, *Poteri*, cit., 9; FABIANI, *Rilievo*, cit., 3182; CONSOLO, *Questioni*, cit., 509. Nello stesso senso, vd. Cass. 5 agosto 2005 n. 16577.

<sup>974</sup> FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso*, cit., 564-565.

tale scelta, la produzione/richiesta delle prove non rappresenta dunque un elemento rilevante.

In caso contrario, invece, è altrettanto evidente che le produzioni/richieste siano dovute. In quest'ottica, infatti, la Corte da un lato, in presenza di sole produzioni, può decidere senz'altro; dall'altro, in presenza di richieste di prove costituenti, può parimenti farlo, senza necessità di rinviare, laddove ritenga i fatti irrilevanti o le prove inammissibili<sup>975</sup>.

Secondo Fornaciari la soluzione è nel secondo senso: una volta stabilito che in cassazione è possibile la decisione diretta della causa, sembrerebbe possibile anche un' istruttoria documentale e una valutazione sulla rilevanza dei fatti da provare o sull'ammissibilità delle relative prove costituenti<sup>976</sup>.

Dunque, occorre distinguere a seconda che le attività delle parti riguardino solo profili di diritto (interpretazione ed applicazione delle norme), oppure anche profili di fatto (allegazioni ed attività istruttoria). In quest' ultimo caso, la cassazione dovrà inevitabilmente cassare e rinviare al giudice di appello ex art. 383 comma 1° c.p.c.; mentre nel primo caso, invece, potrà emettere una pronuncia sostitutiva: difatti dopo la riforma del 2006, intervenuta sull' art. 384 comma 2° c.p.c., la cassazione può pronunciare nel merito anche in presenza di *errores in procedendo*<sup>977</sup>.

Un' ulteriore differenza, sussiste a seconda che la nullità ex art. 101 comma 2° c.p.c. colpisca la sentenza di primo grado o di appello: in entrambi i casi è sempre necessario che le parti, negli atti introduttivi dei rispettivi giudizi, deducano la nullità e compiano quelle attività che esse affermano avrebbero compiuto se il giudice, che ha pronunciato la sentenza impugnata, avesse rispettato la disposizione<sup>978</sup>. Tuttavia, in appello tali attività debbono essere integralmente compiute, sia che siano relative a profili di diritto o di fatto: in questo secondo caso, debbono essere effettuate anche le attività probatorie rilevanti attraverso la produzione di documenti e la richiesta di assunzione di prove<sup>979</sup>. In cassazione, invece, nel caso di profilo di fatto, la parte potrà limitarsi solo ad effettuare

---

<sup>975</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, loc. cit..

<sup>976</sup> ID., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, loc. cit..

<sup>977</sup> LUISO, *Poteri*, cit., par. 3.

<sup>978</sup> ID., *Poteri*, loc. cit..

<sup>979</sup> ID., *Poteri*, loc. cit..

l' allegazione dei fatti rilevanti, mentre le richieste istruttorie e le produzioni documentali potrà effettuarle in sede di rinvio, dato che le attività probatorie non posson esser compiute in cassazione<sup>980</sup>.

### **15. La violazione del contraddittorio in cassazione.**

La violazione del contraddittorio può avvenire anche ad opera della Suprema Corte, nel corso del giudizio di Cassazione. Come analizzato<sup>981</sup>, per evitare che ciò accada, il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 ha introdotto una regola, analoga, salvo che per la comminatoria di nullità, all'attuale art. 101 comma 2° c.p.c, per cui: “se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione” (art. 384 comma 3° c.p.c.). Fermo il dovere della Corte di cassazione di attuare il contraddittorio sulle questioni, il problema che si pone in questa ipotesi è quello relativo alla violazione, ad opera della Corte, dell' art. 384 comma 3° c.p.c.: non vi è infatti alcuno strumento per far valere il vizio della sentenza della Corte di cassazione, che abbia deciso il ricorso sulla base di una questione non sottoposta al contraddittorio delle parti, in quanto la mancanza in esame, non pare poter essere ricondotta al novero dei vizi su cui è possibile proporre l'impugnazione per revocazione. A questo riguardo, tuttavia, è possibile proporre due ordini di considerazioni. Da un lato, la giurisprudenza in materia di errore di fatto revocatorio, secondo alcuni Autori, sembrerebbe legittimare una sorta di rilevanza surrettizia del vizio nel contesto del rimedio della revocazione<sup>982 983</sup>.

Da un altro lato, la mancata attuazione del contraddittorio ad opera della Suprema Corte, genera, comunque, la possibilità per le parti di adire la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, accogliendo ricorsi proposti in occasione di decisioni “a

---

<sup>980</sup> ID:, *Poteri*, loc. cit..

<sup>981</sup> Si veda il cap. 1, parte III della presente indagine.

<sup>982</sup> Questa è l'opinione di LUISO, espressa nell'ambito di un intervento sul nuovo art. 101 c.p.c., in occasione del Convegno della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, tenutosi a Bologna nel dicembre 2009.

<sup>983</sup> Secondo Fornaciari, la nullità potrà essere fatta valere mediante la disposizione dell' art. 391 bis c.p.c., FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, cit., 564-565.

sorpresa”, ha più volte ribadito la centralità dell'effettiva attuazione del contraddittorio, e ciò per mezzo della proposizione di una domanda risarcitoria nei confronti dello Stato italiano fondata sulla asserita violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

**16. La violazione dei principi regolatori del “giusto processo” ex art. 360 bis c.p.c..**

La legge 18 giugno 2009, n.69 introduce una disposizione, in tema di ricorso in Cassazione, l'art. 360 bis, a norma del quale “Il ricorso è inammissibile:

- 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa;
- 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo”.

Lo scopo della riforma secondo l'on. Bernini Bovicelli, relatrice per maggioranza alla camera, è quello di “deflazionare il carico di lavoro del giudice di legittimità”

Secondo l'on. Ferranti, relatrice per l'opposizione l'obiettivo è “individuare un percorso di semplificazione e di razionalizzazione e cercare di liberare la Corte da pesi inutili, senza violare le regole costituzionali e senza disattendere le regole di giustizia dei cittadini”<sup>984</sup>.

La disposizione ha sollevato numerose critiche<sup>985</sup>; dubita della sua effettiva utilità Carratta, che parla di “presunti benefici”<sup>986</sup>: il nuovo art. 360 bis, secondo l'Autore, sostanzialmente duplicherebbe il “vaglio” di ammissibilità : quello della Sezione filtro, si aggiungerebbe a quello della Sezione semplice, alla quale il ricorso verrà assegnato dopo che la prima abbia escluso la sua inammissibilità, poiché non sarebbe sostenibile che l'esito della valutazione della prima vincoli la seconda. Paradossalmente si produrrebbe, dunque, un effetto “perverso” decisamente

---

<sup>984</sup> COSTANTINO, *L'iter della riforma*, in *La riforma del giudizio di legittimità: la Cassazione con filtro*, in *Giur. It.*, giugno 2009, 3.

<sup>985</sup> BALENA, *La nuova pseudo riforma della giustizia civile*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2009, fasc.3. Secondo l'Autore “Se ci si volesse limitare ad un commento lapidario, si potrebbe osservare che la montagna, alla fine, ha par-torito il classico topolino, ma d'altronde meglio avrebbe fatto... ad abortire, visto che il risultato è talmente insulso da poter suggerire, quantomeno in relazione all'ipotesi sub 2, interpretazioni stravaganti ed imprevedibili”.

<sup>986</sup> CARRATTA, *Il filtro al ricorso in Cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur. It.*, giugno 2009, 5.

contrario al principio della ragionevole durata del processo ex art.111, comma 2°, Cost.

Con riferimento al n.2 dell'art.360 bis c.p.c., che interessa particolarmente il presente tema, perplessità sono state pure manifestate con riguardo alla sua coerenza con la generalizzata garanzia costituzionale del ricorso per Cassazione "per violazione di legge" (sostanziale e processuale) di cui all'art.111, comma 7° Cost..

Preoccupazioni sono state pure manifestate in ordine all'eccessivo tasso di discrezionalità che verrebbe riservato alla Sezione-filtro "sia nella valutazione di apparente infondatezza della censura relativa alla violazione dei principi del giusto processo, sia nel riferimento proprio a questi principi, il cui catalogo non è predeterminato a livello legislativo e solo in parte ricavabile dal dettato costituzionale"<sup>987</sup>, in ogni caso, l'interpretazione che ne darà la Corte consentirà di verificare la congruità dello strumento rispetto all'obiettivo<sup>988</sup>

Il vizio sanzionato dall'art.101 comma 2° c.p.c. comporta una lesione del principio del contraddittorio, colonna portante del giusto processo al pari del principio della ragionevole durata del processo, entrambi garantiti dall'art. 111 comma 2° Cost.. Le strade percorribili dalla Cassazione nell'applicazione della sanzione dell'inammissibilità del ricorso, secondo la disposizione dell'art. 360 bis c.p.c., nei casi di omesso rilievo della questione officiosa sembrano essere due. La prima è che la violazione dei principi del "giusto processo" sia ritenuta non manifestamente infondata per il sol fatto che ricorra il vizio dell'omesso contraddittorio su una questione rilevata d'ufficio, senza bisogno di ulteriori presupposti.<sup>989</sup> La seconda ipotesi è che la Corte sanzioni con l'inammissibilità del ricorso quando manchi una concreta lesione del contraddittorio perché non ne è conseguito un pregiudizio effettivo delle attività difensive. In questa seconda

---

<sup>987</sup> ID., *Il filtro al ricorso in Cassazione*, cit., 8.

<sup>988</sup> COSTANTINO, *La riforma del giudizio di legittimità: la Cassazione con filtro*. in *Giur. It.*, 2009, 3 e ss.

<sup>989</sup> FABIANI, *Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza. Nota alla sentenza della Cassazione Sez.II 27 luglio 2005, n.15705*. in *Foro it.* 2006; 3173 e ss.. "Poiché il vizio dell'omissione del rilievo della questione officiosa si traduce in una lesione del principio del contraddittorio e, quindi, del giusto processo, il ricorrente per Cassazione che lamenta siffatto vizio non dovrebbe rischiare la sanzione della inammissibilità del ricorso secondo la previsione dell'addizionale art.360 bis c.p.c."

ipotesi, mancando la deduzione di una concreta lesione del contraddittorio la sanzione sarebbe l'inammissibilità del ricorso. La prima ipotesi è certamente più garantista, ma non porterebbe ad alcuna scrematura dei ricorsi alla Corte, dovrebbe convenirsi sull'inutilità o paradossalmente sulla dannosità dello strumento predisposto dall'art.360 bis, perché comporterebbe un'inutile e defatigatoria attività della Sezione filtro. La seconda ipotesi, invece, appare un ragionevole temperamento del diritto al contraddittorio e, dunque, del diritto di difesa e del principio della ragionevole durata dei processi. Costantino<sup>990</sup> sostiene che "un possibile ed apparentemente ragionevole tentativo di coordinamento degli artt. 360 e 360 bis c.p.c. induce a ritenere che il nuovo requisito di ammissibilità dei ricorsi per Cassazione implichi una valutazione, in concreto, dell'interesse ad impugnare". Questa disposizione lungi dall'aver abrogato per incompatibilità l'art 360 c.p.c, conclude l'Autore, rafforza, con il numero 1), la funzione nomofilattica della Corte e, con il numero 2), una più rigorosa valutazione dell'interesse ad impugnare. Si tratta di una soluzione interpretativa che appare coerente con quel filone esegetico, sia giurisprudenziale che dottrinario, che rifiuta il formalismo delle garanzie ma che è attento al concreto pregiudizio del diritto di difesa, in quanto "la denuncia di vizi di attività del giudice, che comportino la nullità della sentenza o del procedimento, non tutela l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce soltanto l'eliminazione del pregiudizio concretamente subito dal diritto di difesa della parte in dipendenza del denunciato error in procedendo"<sup>991</sup>.

Si tratta di un'ipotesi esegetica che consentirebbe alla norma in questione di raggiungere lo scopo di deflazionare i ricorsi per Cassazione, nel rispetto delle esigenze effettive di difesa e dunque di giustizia sostanziale, perciò ha il pregio di essere più rispondente alle esigenze di economia processuale fungendo da più efficace filtro per i ricorsi in Cassazione.

---

<sup>990</sup> COSTANTINO, *Il nuovo processo in Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 301.

<sup>991</sup> Cass. 21 febbraio 2008, n.4435, in *Foro it. Rep* 2008, voce *Cassazione civile*, n.158.

**17. L' art. 101 comma 2° c.p.c. in relazione all' art. 115 comma 2° c.p.c..**

Una particolare applicazione degna di nota, dell' art. 101 comma 2° c.p.c., è quella in relazione all' art. 115 comma 2° c.p.c., ossia la possibilità delle parti di contraddire a fatti notori rilevati d' ufficio dal giudice, e posti a fondamento della decisione.

Difatti il 2° comma dell'art. 115 c.p.c., in deroga al principio stabilito nel primo comma (ossia che il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal p.m. e i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita), consente al giudice, senza bisogno di prova, di porre a fondamento della decisione quelle nozioni di fatto che rientrano nella “comune esperienza”. Si tratta di una regola dalle origini lontane (*notoria non egent probatione*), che, nel codice vigente, pone in collegamento il fatto notorio con la comune esperienza : la notorietà del fatto sembra potersi desumere dall'appartenenza dello stesso al patrimonio di nozioni comuni alla generalità delle persone in una determinata epoca e nell'ambiente ove opererà la decisione, di talché, entrato a far parte della “comune esperienza”, il fatto viene o può essere recepito da ognuno ed anche dal giudice.

Il fatto notorio comprende solo le nozioni che fanno parte del bagaglio di conoscenza di ogni uomo di media cultura in un certo luogo ed in un certo momento storico, senza necessità di ricorso a particolari informazioni o giudizi tecnici.

La *ratio* della norma è soprattutto in ciò che la notorietà esclude il sospetto di parzialità insito nell'uso di fonti di prova ricercate dal giudice. Perciò, nonostante che il testo normativo presenti l' inciso “senza bisogno di prova”, il giudice potrà servirsi del fatto notorio anche se estraneo alle allegazioni di parte, senza che ciò possa comportare una violazione del divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice.

La garanzia costituzionale del contraddittorio, sotto l'aspetto del divieto di decisioni “terza via”, definitivamente consacrata dal legislatore nell' art. 101 comma 2° c.p.c., con la sanzione di nullità in caso di mancata instaurazione del contraddittorio sui rilievi officiosi posti a fondamento della decisione, trova applicazione anche nella disposizione dell' art. 115 comma 2° c.p.c.

Precisamente, quando, il giudice assumendo a fondamento della propria decisione fatti notori estranei alle allegazioni delle parti e alla predetta discussione, effettiva o potenziale, avrà l'obbligo di mettere le parti in condizioni di discutere sulla notorietà da lui ritenuta. Dovrà applicare dunque la disposizione dell' art. 183 comma 4° c.p.c., indicando alle parti i rilievi officiosi nella trattazione della causa, ed eccezionalmente, qualora ciò non avvenga, applicare la disposizione della' art. 101 comma 2° c.p.c., nella fase decisoria, destinata ad operare in caso di tardiva rilevazione da parte del giudice della questione del giudice, assumendo dunque la caratteristica di uno strumento sussidiario e auspicabilmente eccezionale. Secondo la giurisprudenza<sup>992</sup>, però: il giudice di merito, nell'esercizio del potere discrezionale a lui riservato dall'art. 115 c.p.c. di fare ricorso, ai fini della decisione, alle nozioni di comune esperienza, non è tenuto ad indicare gli elementi sui quali la determinazione si fonda, essendo invece censurabile l'assunzione, a base della decisione, di una inesatta nozione del notorio , da intendersi per tale il fatto che una persona di media cultura conosce in un dato tempo e in un dato luogo

### CAPITOLO 3) GLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI ANTECEDENTI ALLE RIFORME.

#### **Sommario:**

#### Sezione I: Le sentenze della “terza via” e gli orientamenti della CEDU.

#### Sezione II: L'orientamento giurisprudenziale “garantista”.

**1.** La sentenza rivoluzionaria Cass. Civ. sez. I, 21 novembre 2001, n.14637; **2.** Segue. Il contrasto tra Luiso e Chiarloni sulla portata innovatrice di tale pronuncia. **3.** Le pronunce del 2005: Cass. Civ. Sez. III, 5 agosto 2005, n.16577; Cass. Civ. Sez. III, 31

---

<sup>992</sup> Cass. 19 ottobre 2009, n. 22122, in *Foro it. On line*: “Il giudice di merito, nell’ambito di una pronuncia di compensazione delle spese, adottata in un giudizio di divisione, può legittimamente porre le spese di consulenza tecnica di ufficio a carico di tutti i condidenti pro quota, posto che, in ragione della finalità propria della consulenza di aiutare il giudice nella valutazione degli elementi che comportino specifiche conoscenze, la prestazione dell’ausiliare deve ritenersi resa nell’interesse generale della giustizia e, correlativamente, nell’interesse comune delle parti (nella specie la suprema corte ha respinto il motivo di censura secondo cui tali spese andavano a carico soltanto dell’assegnatario a vantaggio del quale era andato l’accertamento)”.



ottobre 2005, n. 21108; **4.** La critica di Consolo alla Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108;  
**5.** La Cass. 9 giugno 2008, n. 15194.

### Sezione III: L'orientamento giurisprudenziale "sostanzialista".

**1.** Le pronunce Cass. 29 aprile 1982, n. 2712; Cass. 18 aprile 1998, n. 3940; Cass. 21 maggio 2001, n. 6890; Cass. 5 giugno 2003, n. 8993; Cass. 28 gennaio 2004, n. 1572;  
**2.** Le pronunce del 2005: Cass. 27 luglio 2005, n. 15705; Cass. 13 settembre 2005, n. 18128; **3.** Il contrasto tra la pronuncia Cass. 27 luglio, n. 15705 (orientamento sostanzialista) e la pronuncia Cass. 5 agosto 2005, n. 16577 (orientamento garantista); **4.** Segue. Il dibattito tra Ricci e Comoglio, sulle pronunce Cass. 27 luglio, n. 15705 e Cass. 5 agosto 2005, n. 16577.

### Sezione I: Le sentenze della "terza via" e gli orientamenti della CEDU.

Prima di fornire un quadro riassuntivo dell'elaborazione giurisprudenziale italiana sulle questioni inerenti al contraddittorio ed alle sentenze a sorpresa, è importante prendere le mosse da alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, particolarmente significative in relazione a questo tema. Si tratta di un passaggio molto significativo, in quanto, come è noto, la Corte costituzionale (nelle decisioni in cui ha statuito che il parametro costituzionale di riferimento per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che rientra tra le norme internazionali pattizie, è l'art. 117 comma 1° Cost, il quale conferisce alle norme pattizie una forza di resistenza maggiore rispetto alle leggi interne successive<sup>993</sup>, senza peraltro attribuire loro il rango costituzionale<sup>994</sup>) ha precisato che le norme convenzionali vivono nell'interpretazione che viene data loro dalla Corte europea<sup>995</sup>, nel senso che la loro "peculiarità", nell'ambito della categoria delle norme internazionali pattizie che fungono da norme interposte, "consiste nella soggezione

---

<sup>993</sup> C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3475, con note di PINELLI, MOSCARINI; in *Giust. Civ.*, 2007, I, 2333; in *Riv. dir. Internaz.*, 2008, I, 197.

<sup>994</sup> C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. Cost.*, 2007, 5, 3475 con note di PINELLI, MOSCARINI; in *Giust. Civ.*, 2007, I, 2333; in *Riv. dir. Internaz.*, 2008, I, 197.; C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2331; in *Giust. Civ.*, 2008, I, 49, con nota di DUNI, STELLA, RICHTER.

<sup>995</sup> Così C. Cost., 24 ottobre, 2007, n. 348, ma similmente anche C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 349.

all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi"<sup>996</sup> <sup>997</sup>. Quando viene in rilievo la Convenzione europea, in definitiva, su tutti gli organi giurisdizionali nazionali, Corte costituzionale compresa, ciascuno nell'esercizio delle proprie competenze, grava un vincolo interpretativo assoluto e incondizionato alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per la determinazione dell'esatto contenuto del vincolo internazionale<sup>998</sup>.

Anteriormente alla riforma dell'art. 101 c.p.c., un punto fermo sulla questione delle decisioni a sorpresa si era avuto con una decisione resa - in materia penale ma molto significativa anche per il processo civile - in relazione al "caso Drassich": la Corte europea dei diritti dell'uomo ha censurato la violazione dell'art. 6, parr. 1 e 3, lett. a) e b), c.e.d.u. da parte della Cassazione penale a seguito dell'attribuzione al fatto - *ex officio* e a sorpresa - di una qualificazione giuridica diversa rispetto a quella adottata dalle precedenti sentenze di merito, in violazione del diritto del contraddittorio e, conseguentemente, a danno del diritto di difesa dell'imputato<sup>999</sup>. La decisione riveste notevole interesse e importanza in quanto, a seguito dell'affermazione da parte della Corte di Strasburgo del medesimo principio accolto ora dal nuovo art. 101 comma 2° c.p.c., si è verificata altresì una riapertura del procedimento nazionale, il quale si era già concluso con sentenza passata in giudicato<sup>1000</sup>. E' rilevante, la presa di posizione della Corte sull' attuazione del

---

<sup>996</sup> Così da ultima C. Cost., 27 febbraio 2008, n. 39, in *Giur. cost.*, 2008, 1,408.

<sup>997</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la "scommessa aperta" dell' ordinamento processuale*, in TARUFFO (a cura di), *Il processo civile riformato*, Torino, 2010, 87-88.

<sup>998</sup> In argomento: CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un' analisi sul seguito giurisprudenziale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*. Relazione presentata al Seminario dal titolo "Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate", Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, reperibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>999</sup> C. Dir. Uomo, 11 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, II. 241, cui ha fatto seguito Cass. Pen., 12 novembre 2008, in *Foro it.*, 2009, n. 65, la quale, a sua volta, ha fra l'altro riconosciuto come il principio enunciato dalla Corte europea trovi riscontro nell'art. 384, comma 3° c.p.c.; sulla vicenda Cfr. ANSANELLI, *Violazione dell'equoprocesso, rimedi processuali e ruolo del giudice*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003,441 ss.; SCIARABBA, *La «riapertura» del giudicato in seguito o sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giur. cast.*, 2009, 513 ss.; CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 15 settembre 2009, 139 ss.

<sup>1000</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 88.

principio del contraddittorio ed è pertanto necessario ripercorrere brevemente la vicenda che si pone sullo sfondo di questa decisione<sup>1001</sup>.

Il Tribunale di Venezia ha dichiarato un magistrato colpevole di falso e di cinque episodi di corruzione, con assorbimento del reato di abuso di ufficio in quest' ultimo, e lo ha condannato, grazie anche al riconoscimento di circostanze attenuanti, alla pena di tre anni di reclusione<sup>1002</sup>. A seguito dell' appello proposto sia dal condannato sia dal pubblico ministero, la Corte di appello di Venezia ha confermato la condanna per i reati di falso e di corruzione, dichiarando il magistrato colpevole di otto episodi di corruzione e aumentando la pena a tre anni e otto mesi. Il giudice ha presentato ricorso per Cassazione, sostenendo, fra l'altro, che il reato di corruzione, tenuto conto del riconoscimento delle circostanze attenuanti, era prescritto dall'agosto 2001<sup>1003</sup>. La Corte di cassazione ha respinto il ricorso e, quanto alla eccezione di prescrizione del reato di corruzione, ha affermato che “era necessario riqualificare i fatti, avvalendosi del potere-dovere istituzionale di attribuire ai fatti delittuosi la giusta qualificazione giuridica”: con la conseguenza che, poiché la nuova qualificazione comportava una pena superiore ai cinque anni, nonostante le attenuanti, la Corte ha rigettato l'eccezione di prescrizione, in quanto il termine previsto dall'art. 157 c.p.p. per la prescrizione non era ancora trascorso<sup>1004</sup>.

Con ricorso presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, il magistrato ha lamentato l'iniquità del processo che si era svolto a suo carico a seguito della violazione del suo diritto di difesa, e ciò a causa delle condizioni in cui era avvenuta la riqualificazione del reato ascrittogli, e per il fatto di non essere stato informato in tempo utile<sup>1005</sup>. La Corte europea ha accolto il ricorso, constatando la violazione del par. 3, a) e b), dell'art. 6 c.e.d.u. in combinazione con il par. 1 dello stesso articolo: poiché il ricorrente era stato condannato per un reato - la corruzione in atti giudiziali - che non era stato indicato nel rinvio in giudizio e che non era stato comunicato all'imputato in alcuna fase del processo<sup>1006</sup>. Era stata commessa “una violazione del diritto del ricorrente ad essere informato in

---

<sup>1001</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 89.

<sup>1002</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1003</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1004</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1005</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1006</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

maniera dettagliata della natura e dei motivi dell'accusa formulata nei suoi confronti, nonché del suo diritto a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie alla preparazione della difesa”<sup>1007</sup>. La Corte di Strasburgo, inoltre, nella sentenza, rilevata la mancata richiesta di un equo indennizzo da parte del ricorrente, ha altresì affermato che “quando la Corte conclude che un privato è stato condannato, all'esito di un procedimento inficiato da violazioni dell' art. 6 della Convenzione, un nuovo processo o una riapertura del procedimento, su richiesta dell'interessato, rappresenta in linea di principio un mezzo appropriato per porre rimedio alle violazioni constatate”. La riapertura del processo si è avuta, in seguito, con la sentenza della Corte di cassazione 12 novembre 2008<sup>1008 1009</sup>.

La decisione della Corte europea riveste particolare importanza per la sua duplice natura: l'una diretta a incidere sul caso concreto con la *restituito in integrum* del giudizio di legittimità ed entro i limiti indicati; l'altra, di rendere immanente nel nostro ordinamento il principio del contraddittorio su ogni profilo dell'accusa, anche nel giudizio di legittimità. A fronte di una sentenza della “terza via”, è stata cioè rilevata una violazione di sistema relativa al principio del “giusto processo”

---

<sup>1007</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 90.

<sup>1008</sup> Sul punto, la Corte europea ha rilevato, che non è più oramai da mettere in dubbio che sia patrimonio comune della scienza giuridica, della giurisprudenza costituzionale e di legittimità la “forza vincolante” delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, sancita dall'art. 46 della Convenzione, là dove prevede che “le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti” e poi ancora che per realizzare tale risultato “la sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione”. Altrettanto uniforme è la posizione - il cui fondamento specifico è nella norma racchiusa nell'art 13, collocato nel Titolo I “Diritti e libertà”, là dove è attribuito a “ogni persona i cui diritti e libertà riconosciuti dalla (...) Convenzione siano violati (...)” il “(...) diritto ad un effettivo ricorso” - secondo cui il definitivo accertamento di una violazione fa sorgere il diritto della persona di essere posta in condizione di avvalersi di uno strumento giuridico interno volto a ottenere la *restitutio in integrum*. Alla sentenza della Corte di cassazione si è giunti in quanto la Corte d'appello di Venezia, con ordinanza del 4 giugno 2008, provvedendo come giudice dell' esecuzione su un ricorso proposto dal condannato, ha dichiarato “la ineseguibilità ex art. 670 c.p.p. del giudicato costituito dalla sentenza 12 giugno 2002 della Corte di appello di Venezia e ciò in esclusivo riferimento alla pena di otto mesi di reclusione quale aumento per la continuazione a titolo di corruzione ex art. 319 c.p.p.” ed ha ordinato “la trasmissione del ricorso per cassazione (...) contro la sentenza 12 giugno 2002 della Corte di appello di Venezia alla Corte di cassazione”. Il ricorrente ha censurato l' interpretazione restrittiva della Corte d'appello, sostenendo che la Corte europea aveva riscontrato la violazione dell' art. 6 c.e.d.u. per iniquità dell'intero procedimento, con la conseguente invalidazione complessiva dell'intero giudizio. Con successiva memoria, ha chiesto altresì la riapertura del procedimento davanti alla Corte di Cassazione e la dichiarazione di “estinzione del reato per prescrizione, annullando il capo di imputazione concernente i reati di corruzione a suo tempo ascritti”.

<sup>1009</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 90.

configurato nell'art. 6, par. 3, lett. a) e b), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>1010</sup>. Per la Corte europea, il “processo equo” impone che l'imputato, una volta informato dell'accusa, e cioè dei fatti e della qualificazione giuridica ad essi attribuita, deve essere messo in grado di discutere in contraddittorio su ogni profilo che li investe. Contraddittorio che deve essere garantito anche là dove l'ordinamento -come nel caso italiano- riconosca al giudice il potere di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nella imputazione *ab origine* ascritta all'imputato<sup>1011</sup>.

Particolarmente significativi sono alcuni passi della motivazione della sentenza. Secondo la Corte di Strasburgo: “(...) le disposizioni del paragrafo 3 dell'articolo 6 rivelano la necessità di porre una cura particolare nel notificare l'accusa all'interessato. Poiché l'atto d'accusa svolge un ruolo fondamentale nel procedimento penale, l'articolo 6 § 3 a) riconosce all'imputato il diritto di essere informato non solo del motivo dell'accusa, ossia dei fatti materiali che gli vengono attribuiti e sui quali si basa l'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti (...). La portata di questa disposizione deve essere valutata in particolare alla luce del più generale diritto ad un processo equo sancito dal paragrafo 1 dell'articolo 6 della Convenzione. In materia penale, una informazione precisa e completa delle accuse a carico di un imputato, e dunque la qualificazione giuridica che la giurisdizione potrebbe considerare nei suoi confronti, è una condizione fondamentale dell'equità del processo. (...) Se i giudici di merito dispongono, quando tale diritto è loro riconosciuto nel diritto interno, della possibilità di riqualificare i fatti per i quali sono stati regolarmente aditi, essi devono assicurarsi che gli imputati abbiano avuto l'opportunità di esercitare i loro diritti di difesa su questo punto in maniera concreta ed effettiva”.

La Corte ha altresì affermato espressamente che “le cose non cambiano in materia civile, prevedendo che il giudice deve rispettare il principio del contraddittorio e dare alle parti la possibilità di conoscere e discutere tutte le questioni fondamentali per l'esito del procedimento, in particolare quando esso rigetta un ricorso per cassazione o pone fine a una causa sulla base di un motivo sollevato d'ufficio”. Segue poi il rinvio ad una serie di pronunce, nelle quali la Corte europea

---

<sup>1010</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 91.

<sup>1011</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 91.

ha ribadito la necessità della piena attuazione del contraddittorio in relazione agli elementi su cui il giudice ha basato la propria decisione, facendo “circolare” modelli e concetti formati prevalentemente nel contesto dell'ordinamento processuale francese, che si può fregiare della presenza dell'art. 16 c.p.c.<sup>1012</sup>. Nelle motivazioni si legge: “*toutefois, la notion de procès équitable comprend également le droit a un procès contradictoire qui implique le droit pour les parties de faire connaître les éléments qui sont nécessaires au succès de leurs prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision, et de la discuter*”<sup>1013</sup>. (...) *Le juge doit respecter lui-même le principe du contradictoire, en particulier lorsqu'il prononce la déchéance d'un pourvoi en cassation pour un motif d'irrecevabilité retenu d'office*”<sup>1014</sup>.

Si tratta di decisioni di notevole importanza, con le quali la Corte di Strasburgo aveva già impresso una svolta definitiva sul problema delle sentenze a sorpresa nel nostro ordinamento<sup>1015</sup>.

#### Sezione II: L'orientamento giurisprudenziale “garantista”.

**Sommario:** **1.** La sentenza rivoluzionaria Cass. Civ. sez. I, 21 novembre 2001, n.14637; **2.** Segue. Il contrasto tra Luiso e Chiarloni sulla portata innovatrice di tale pronuncia. **3.** Le pronunce del 2005: Cass. Civ. Sez. III, 5 agosto 2005, n.16577; Cass. Civ. Sez. III, 31 ottobre 2005, n. 21108; **4.** La critica di Consolo alla Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108; **5.** La Cass. 9 giugno 2008, n. 15194.

---

<sup>1012</sup> GAMBA, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, cit., 92.

<sup>1013</sup> Così si legge nelle decisioni C. Dir. Uomo, 13 ottobre 2005, nn. 65399/01, 65406/01, 65405/01 e 65407/01, *Clinique des Acacias e altri C. Francia*, par. 38; in motivazione, la Corte di Strasburgo richiama, tra le decisioni importanti sul punto, a C. Dir. Uomo, 18 febbraio 1997, *Niderost-Huber e. Suisse*, in *Recueil*, 1997-1, fase. 29,108, par. 24, e Id., 3 marzo 2000, n. 35376/97, *Kramafi a autres e. République tchèque*; si veda anche Id., 16 febbraio 2006, n. 44624/98, *Prikyan e Angelava C. Bulgaria*, par. 52, tutte in <http://www.coe.int>.

<sup>1014</sup> C. Dir. Uomo, 18 dicembre 2003, n. 63000/00 et 74291/01 et 74292/01, *Skondrianos et autres c. Grèce*, par. 30, tutte in <http://www.coe.int>.

<sup>1015</sup> GAMBA, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, cit., 92.

**1. La sentenza rivoluzionaria Cass. Civ. sez. I, 21 novembre 2001, n.14637<sup>1016</sup>.**

Sul versante nazionale, la regola che il legislatore ha tentato di recepire con l'integrazione dell'art. 101 era stata altresì recepita, in tempi recenti, dalla giurisprudenza (oltre che esser stata elaborata ancor precedentemente dalla dottrina).

Nell'evoluzione dell'elaborazione giurisprudenziale italiana, (antecedente alla modifica dell' art. 101 c.p.c.), per lungo tempo, dalla Cassazione è arrivato un segnale negativo sulla questione delle sentenze “a sorpresa”, con un ragionamento di stampo formalistico, incentrato sulla semplice disposizione contenuta nella disciplina dell'udienza di trattazione e condotto in assenza di collegamenti sistematici. Un consolidato orientamento giurisprudenziale era attestato sulla validità delle sentenze solipsisticamente adottate, in quanto configurava come mera facoltà del giudice l'indicazione alle parti di eventuali questioni rilevate d'ufficio<sup>1017</sup>.

Solo in epoca recente la giurisprudenza ha prestato adesione all'orientamento maggiormente garantista: è infatti del 2001 la prima pronuncia con la quale la Suprema Corte ha dichiarato la nullità della sentenza fondata su una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti<sup>1018</sup>.

L'importanza di questa sentenza è evidente: è infatti una delle prime volte che la giurisprudenza decide di provvedere in maniera netta nei confronti di una palese violazione del contraddittorio, ossia decide la sorte di una pronuncia in cui il

---

<sup>1016</sup> Cass. civ., sez. I, 21-11-2001, n. 14637, in *Rep. Foro it.*, 2001, 1562, “Il giudice che ritenga dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve segnalarla alle medesime e consentire loro di eccepire e di argomentare in merito; qualora il giudice decida la contraversi sulla base di una questione non previamente sottoposta alle parti, la sentenza è nulla per violazione del principio del contraddittorio (nella specie la suprema corte ha cassato con rinvio sentenza che aveva deciso un' opposizione a ordinanza ingiunzione facendo perno sulla questione della sussistenza in astratto del potere sanzionatorio, non sollevata dalle parti né a queste sottoposta dal giudice)”.

<sup>1017</sup> In tal senso, *ex plurimis*, Cass., 29 aprile 1982, n. 2712., che afferma: “La richiesta alle parti, ad opera del giudice istruttore, dei chiarimenti necessari, prevista dal secondo comma dell'art. 183 c.p.c. (applicabile anche al giudice collegiale e, attraverso il richiamo dell'art. 359 c.p.c., anche in appello), costituisce un'attività squisitamente discrezionale, il cui mancato uso, lungi dal poter formare oggetto di un motivo di impugnazione per violazione della legge processuale, comporta soltanto una maggiore attivazione probatoria della parte che avrebbe avuto interesse a rendere i chiarimenti stessi”.

<sup>1018</sup> Cass., 21 Novembre 2001, n. 14637, in *Giur. it.*, 2002, I, 1362 con nota di CHIARLONI e in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1611, con nota di LUISO.

suddetto principio è stato leso, statuendone la nullità. Con una decisione inattesa quanto auspicata, si è deliberato che il giudice che intenda, dopo l'udienza di trattazione, sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, ha il dovere di indicarla alle stesse e di consentire loro di eccepire e di argomentare sul punto; laddove invece il giudice decida la controversia sulla base di una questione non previamente sottoposta alle parti, la sentenza è nulla per violazione del principio del contraddittorio<sup>1019</sup>. Nella motivazione della sentenza del 2001 si legge: “il numero 3 dell'art. 183 c.p.c., il quale recita “il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari ed indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”, esprime pienamente, come la dottrina ha rilevato già all'indomani della riforma processuale del 1990, il principio del contraddittorio che governa il processo. Contraddittorio che il giudice deve fare osservare e deve osservare egli per primo, tant'è che deve significare alle parti le questioni che ritiene rilevino, cosicché esse non possano trovarsi di fronte ad una decisione a sorpresa, adottata sulla base di una terza via rispetto a quelle alternativamente da esse sostenute”.

L'asse argomentativo su cui è basata la pronuncia della Corte di cassazione è stata la lettura costituzionalmente orientata della disposizione contenuta nell'art. 183 c.p.c., fondata sulla connessione tra l'art. 183 comma 4° c.p.c. e l'art. 111 Cost. che sancisce la presenza del principio del contraddittorio tra i principi fondamentali del processo.

---

<sup>1019</sup> Si veda Cass., 21 Novembre 2001, n. 14637, in *Giust. civ.*, 2002,1, 1611 ss., con nota di LUI SO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio*, cit. La Corte ha stabilito che il giudice che ritenga dopo l'udienza di trattazione di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve segnalarla alle medesime e consentire loro di eccepire e di difendersi in merito; qualora il giudice decida la controversia sulla base di una questione non previamente sottoposta alle parti, la sentenza è nulla per violazione del principio del contraddittorio. La sentenza ha accolto le indicazioni che da tempo provenivano dalla dottrina, la quale aveva affermato che il giudice ha il dovere di indicare l'eccezione rilevabile d'ufficio prima di pronunciare la sentenza sulla base di una soluzione c.d. “della terza via”, sì da determinare la nullità della sentenza in caso di difetto di indicazione: si vedano MONTESANO -ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, cit., I, 348 ss.; CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit, 8 ss.; TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996, 85 ss.; FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, cit., 780 ss.; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione in Commentario Allorio*, I, Torino, 1973, 1046 ss.; DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit 217 ss. Sul punto si confronti la posizione di CHIARLONI, *La sentenza della «terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, nota a Cass., 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giur. it.*, 2002,1, 1362 ss.; ID., *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 569 ss..



Il Comune di Urbino aveva proposto opposizione avverso un'ordinanza-ingiunzione della Provincia di Pesaro ed Urbino<sup>1020</sup>, ancorando tale opposizione a motivi di fatto e a presunte violazioni di norme relative al procedimento amministrativo. Il Pretore aveva assunto testi e fatto espletare una c.t.u., ma aveva poi accolto l'opposizione per un motivo completamente diverso da quelli che supportavano l'opposizione e da lui rilevato d'ufficio, per la prima volta, in sede decisoria: l'insussistenza del potere sanzionatorio esercitato dalla Provincia. Concludeva, perciò, il Pretore per l'inesistenza o nullità dell'atto amministrativo in questione. L'amministrazione provinciale soccombente proponeva ricorso in Cassazione, lamentando la violazione dell'art. 183 c.p.c., anche in relazione all'art. 24 della Cost., per non avere il giudice consentito il contraddittorio sulla questione della nullità o inesistenza dell'atto amministrativo in questione.

Nella citata decisione del 2001, che è il frutto della riflessione avviata dalla giurisprudenza e dalla dottrina sul nuovo testo dell'art. 111 Cost., la Corte ritiene che il comma 4° dell'art. 183 c.p.c., che impone al giudice di richiedere alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e di indicare le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione, sia espressione piena del principio del contraddittorio che governa il processo. E' un principio "che il giudice deve far osservare e deve osservare egli per primo, tant'è che deve significare alle parti le questioni che ritiene rilevino, cosicché esse non possano trovarsi di fronte ad una decisione a sorpresa, adottata sulla base di una terza via rispetto a quelle alternativamente da esse sostenute"

La ricostruzione del significato della norma, peraltro, è stata ritenuta dalla Corte "coerente con il regime delle preclusioni e dello *ius poenitendi* (...), i quali consentono alle parti di aggiustare il tiro, anche in considerazione delle rispettive difese, cosicché è la dialettica del processo che segna il limite alle possibili novità. E la dialettica è travolta se si consente una decisione sulla base di questioni che ne sono state estranee, ancorché un tale effetto risalga all'esercizio dei poteri del giudice. Il predetto principio, a parere del collegio, prescinde, per la sua centralità nell'intero processo, dal meccanismo particolare della prima udienza di

---

<sup>1020</sup> L'ordinanza-ingiunzione sanzionava il Comune, nella qualità di gestore dell'impianto di depurazione, in quanto aveva scaricato nel fiume Sasso acque reflue, ritenute non conformi alla tabella A allegata alla legge n. 319/1976.

trattazione. Pertanto il giudice che ritenga dopo di tale udienza di far rilevare un fatto o una questione non considerati dalle parti, deve segnalarli alle medesime e consentire che prendano posizione. Conferma di quest'ultima conclusione è stata ricavata dalla norma dell'art. 184 bis c.p.c.<sup>1021</sup>, secondo la quale la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per cause ad essa non imputabili può chiedere al giudice istruttore di essere rimessa in termini. Essa infatti esprime lo stesso principio del contraddittorio perché, rimettendo in termini la parte che senza colpa non ha potuto giovare delle facoltà che la legge prevede sia nella fase di trattazione che in quella dedicata alle deduzioni istruttorie, consente di strutturare un contraddittorio altrimenti carente. Pertanto in base a tale norma se il giudice si avvede tardivamente di una questione rilevabile di ufficio, e la indica alle parti dopo dell'udienza di trattazione, deve consentire ad esse di eccepire e di argomentare, con analoga tardività”.

*2. Segue. Il contrasto tra Luiso e Chiarloni sulla portata innovatrice di tale pronuncia.*

Una chiara nota di Luiso, delucida magistralmente la questione; e in termini altrettanto chiari si pone in ideale contraddittorio Chiarloni, il quale non riconosce alla sentenza in oggetto un vero e proprio cambiamento radicale<sup>1022</sup>.

Stigmatizzare la violazione del contraddittorio è un atto sul quale tutti sembravano d' accordo, ma nessuno, prima della sentenza in oggetto, aveva ancora avanzato una concreta soluzione al problema (sul piano, per intendersi, della sua concreta sanzionabilità).

Infatti, sostiene Luiso, proprio la giurisprudenza aveva rifiutato di trarre dirette conseguenze dalla (pur incontestabile) violazione del principio del contraddittorio,

---

<sup>1021</sup> Ora abrogato dalla l. 18 giugno 2009 , n. 69, la quale tuttavia , ha modificato l'art. 153 c.p.c. rendendo generale l'istituto della rimessione in termini.

<sup>1022</sup> Una compiuta analisi della vicenda unita a stimolanti riflessioni circa la sua portata è rinvenibile in LUISO, *Questioni rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?* (Nota adesiva), in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1611-1615 e in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). L'autore aveva precedentemente trattato il tema del contraddittorio in LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano 1981, in particolare p.1-35. La medesima sentenza è commentata (Nota critica) anche in CHIARLONI, *La sentenza “della terza via” in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. It.* 2002, I, 1362-1365.

che si realizza ogni qual volta il giudice fonda la sua decisione su questioni rilevate d'ufficio e non sottoposte alla discussione delle parti.

D'altro canto, afferma l'autore, la dottrina sino ad oggi sembrava concorde sul fatto che una qualche conseguenza vi debba essere alla palese violazione del contraddittorio nelle vicende processuali; le differenze emergerebbero, invece, su quale dovrebbe essere detta conseguenza. Alcuni autori, infatti, riterrebbero la sentenza nulla; altri, pur auspicando un intervento del legislatore, affermano che allo stato non sarebbe possibile utilizzare questa sanzione; altri ancora ritengono ingiustificato colpire di radicale nullità l'atto<sup>1023</sup>.

Innanzitutto Luiso si chiede se sia condivisibile il fatto che una decisione fondata su una questione rilevabile d'ufficio e non segnalata alle parti, integri la violazione, o meno, del contraddittorio. Tuttavia, mentre Luiso propende per una risposta positiva alla domanda<sup>1024</sup>, Chiarloni nel proprio lavoro opta invece per una risposta negativa<sup>1025</sup>.

Infatti quest'ultimo pone come premessa del proprio ragionamento che la sentenza "della terza soluzione" (o "della terza via") "non viola il principio del contraddittorio, bensì il principio di collaborazione tra i soggetti del processo e

---

<sup>1023</sup> Tra gli autori indicati da Luiso, in LUISO, *Questioni*, cit., 1612, n. 4. A favore della nullità della sentenza si attestano: Denti, Ferri, Montesano-Arieta, Tarzia, Civinini. Ritiene auspicabile tale sanzione *de iure condendo*, Taruffo. La dottrina che invece non ritiene legittimo il ricorso al rimedio della nullità si attesterebbe sulle posizioni di Chiarloni.

<sup>1024</sup> Indipendentemente dalla natura delle questioni rilevabili d'ufficio, siano esse di puro diritto o di altro tipo (ossia che abbiano o meno ricadute sulla allegazione dei fatti, o sulla proposizione di nuove domande), Luiso è fermo nel sostenere questo concetto: "ritenere che la decisione "solitaria" non produca la lesione del contraddittorio perché esse [le questioni rilevate d'ufficio] sono pur sempre conoscibili dalle parti è argomento che prova troppo: in tale direzione, si potrebbero eliminare le comparse conclusionali e le repliche (con le quali non si può ampliare la *quaestio facti*), oppure eliminare, in cassazione, le memorie e la discussione orale", LUISO, *Questioni*, cit., 1614.

<sup>1025</sup> Chiarloni risponde a questa tesi in questi termini: "Ora, sia pure implicita, troviamo qui una prima ovvia ammissione, anche se proseguendo il discorso Luiso tenta di scrollarsela di dosso, ma con argomenti debolissimi e non bisognosi di confutazione. Non serve dire che il mio argomento prova troppo, perché alla sua stregua si potrebbero abolire le comparse conclusionali nei giudizi di merito e la discussione orale e le memorie in cassazione. Le comparse conclusionali sono sostituibili dalla discussione orale e infatti non esistono nel processo del lavoro e nel processo davanti a giudice monocratico con fase decisoria esclusivamente orale. E un processo esclusivamente di legittimità a confini rigorosamente definiti potrebbe benissimo articolarsi, senza lesione del contraddittorio, in due soli atti introduttivi di parte (tre, nel caso di proposizione di un ricorso incidentale) nei casi "angusti" la sentenza della "terza via", pur avendo violato un preciso dovere del giudice di stimolare il contraddittorio delle parti sulla questione, è perfettamente valida", CHIARLONI, *La sentenza «della terza via»*, cit., 1364.

non si può ritenere di per sé nulla”<sup>1026</sup>. Secondo questa impostazione, dunque, pur esistendo uno stringente dovere del giudice di obbedire alla norma contenuta nell’art. 183, 3° comma che gli impone di indicare alle parti le “questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”, la sanzione per questo mancato comportamento non può essere la nullità della pronuncia.

Le ragioni di questo limite sono spiegabili in questi termini: da un lato la questione rilevabile d’ufficio apparterrebbe già al materiale della causa, anche se non esplicitata; dall’altro lato non avrebbe senso parlare di nullità della sentenza poiché o la questione, pur non sottoposta al contraddittorio, è stata “correttamente decisa”, oppure la sentenza, dato che non è stata correttamente decisa, è viziata per altri motivi che prescindono dal contraddittorio.

Il non aver stimolato il contraddittorio potrebbe al più assumere un rilievo deontologico per il giudice, ma di sicuro la sentenza da lui pronunciata non sarebbe nulla. Il diverso orientamento, sostenuto dalla sentenza n. 14637/2001, sarebbe secondo Chiarloni in contrasto con il principio di economia e soprattutto con esigenze di giustizia<sup>1027</sup>. Per colpire con la nullità la sentenza che abbia pronunciato su una questione rilevata d’ufficio, su cui le parti non sono state adeguatamente “stimolate dal giudice”, dunque non è sufficiente la lesione del principio di collaborazione da parte del giudice, ma occorre anche qualcosa in più: occorrerà che la violazione del diritto di difesa che si invoca venga allegata e dimostrata al giudice del gravame<sup>1028</sup>.

Tuttavia, sostiene contrariamente Luiso che, il rilievo d’ufficio *ante* decisione potrebbe stimolare l’allegazione di ulteriori fatti od atti rilevanti ed inoltre potrebbe anche portare a domande nuove che resterebbero, in caso contrario, del tutto precluse.

---

<sup>1026</sup> ID., *La sentenza «della terza via»*, cit., 1363.

<sup>1027</sup> ID., *La sentenza «della terza via»*, cit., 1364.

<sup>1028</sup> ID., *La sentenza «della terza via»*, loc. cit.: “Ma allora capiamo subito che, nei casi in cui la nullità deve venire dichiarata, ciò non dipende soltanto dalla violazione del principio di collaborazione commessa dal giudice non chiedendo alle parti di trattare la questione che ha rilevato d’ufficio. Ci vuole qualcosa di più. Nel linguaggio della dogmatica giuridica, la nullità sarà frutto di una fattispecie complessa. Dal rilievo “solitario” che ha portato alla sentenza della terza via deve conseguire una violazione del diritto di difesa del soccombente. Non solo: occorre anche che questa violazione venga allegata e dimostrata al giudice dell’impugnazione”.

Il contrasto tra gli autori che hanno commentato questa pronuncia, perciò, individua il punto centrale della questione proprio nel contraddittorio tra le parti, seppure in relazione allo specifico problema delle questioni rilevabili d'ufficio.

Ciò che deve essere evidenziato, è la portata innovatrice di questa vicenda; l'aspetto migliore della pronuncia della Suprema Corte è costituito proprio dal rilievo della centralità del contraddittorio nel processo e, di conseguenza, nel ragionamento giuridico come sembrerebbe emergere anche dalla nota adesiva di Luiso che, non a caso, chiama la pronuncia della Cassazione "rivoluzionaria". È, questa, una rivoluzione, certo ancora in una fase 'embrionale', che potrebbe trasformare il modo consueto di concepire il processo. Alla luce di questa trasfigurazione sarebbe impossibile per un giudice, nel nostro ordinamento, giungere ad una decisione costituita da una pronuncia svincolata dall'esito del contraddittorio tra le parti.

Se contrasti dottrinari possono nascere con riguardo alle questioni rilevabili d'ufficio introdotte dopo il contraddittorio (negato secondo Luiso, non stimolato secondo Chiarloni), entrambi questi illustri autori, ciascuno nella propria prospettiva, possano dirsi in accordo nello stigmatizzare il comportamento del giudice che o non tenga conto o non stimoli adeguatamente il contraddittorio.

**3. Le pronunce del 2005: Cass. Civ. Sez. III, 5 agosto 2005, n.16577; Cass. Civ. Sez. III, 31 ottobre 2005, n. 21108.**

Confermando l'indirizzo inaugurato nel 2001, in varie pronunce, in modo più circostanziato, si è fatto riferimento alla mancata segnalazione di una questione che, modificando il quadro fattuale, comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti: la sentenza in questo caso è nulla per violazione del diritto di difesa delle parti, private delle facoltà - connesse all'esercizio del contraddittorio - di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione rilevata d'ufficio<sup>1029</sup>.

---

<sup>1029</sup> Cass., 5 agosto 2005, n. 16577, in *Foro, it.*, 2006, I, 3174, con nota di FABIANI; in *Riv. dir. proc.*, 2006, 747, con note di RICCI e COMOGLIO

Nella stessa direttrice della sentenza rivoluzionaria del 2001, si colloca dunque la sentenza della Cass. sez. III, 5 agosto 2005, n.16577<sup>1030</sup>. La decisione evidenzia le caratteristiche che la questione sollevata d'ufficio deve avere perchè sia rilevante ai fini della (in)validità della sentenza: deve trattarsi di questione "che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale". Ciò determina la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria<sup>1031</sup>.

La stessa terza Sezione della Cassazione ritorna sul tema con la sentenza: Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108<sup>1032</sup>. La mancata segnalazione da parte del giudice della

---

<sup>1030</sup> Cass. sez. III, 5 agosto 2005, n.16577, in *Rep. Foro it.*, 2005, 805, "La mancata segnalazione, da parte del giudice, di una questione sollevata d'ufficio che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa della parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria; qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394 3° comma, c.p.c., sia dato spazio alle attività processuali che la parte abbia lamentato di non aver potuto svolgere a causa della decisione solitamente adottata dal giudice (sulla base di tale principio, la suprema corte ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, con cui il giudice di appello aveva rigettato l'azione revocatoria promossa da una banca nei confronti di un atto di disposizione patrimoniale posto in essere da un fideiussore, rilevando d'ufficio la nullità della fideiussione ai sensi dell'art. 10 l. 17 febbraio 1992 n. 154, senza rimettere la causa sul ruolo per consentire l'attrice di allegare e provare che il debito garantito derivava da operazioni bancarie poste in essere anteriormente all'entrata in vigore della predetta disposizione, non avente efficacia retroattiva".

<sup>1031</sup> Sulla base di tale principio la Corte ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, con cui il giudice d'appello aveva rigettato l'azione revocatoria promossa da una banca nei confronti di un atto di disposizione patrimoniale posto in essere da un fideiussore, rilevando d'ufficio la nullità della fideiussione "*omnibus*", ai sensi dell'art. 10 della l. 17 febbraio 1992, n.154, senza rimettere la causa sul ruolo per consentire all'attrice di allegare e provare che il debito garantito derivava da operazioni bancarie poste in essere anteriormente dall'entrata in vigore della predetta disposizione, non avente efficacia retroattiva

<sup>1032</sup> Cass. civ., sez. III, 31-10-2005, n. 21108, in *Foro it. on line*: "Il giudice che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve sottoporla ad esse al fine di provocare il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese, dando spazio alle consequenziali attività; la mancata segnalazione da parte del giudice comporta la violazione del dovere di collaborazione e determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria; qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, cagiona, se fondata, non già la regressione al primo giudice, ma, in forza del disposto

questione rilevata d'ufficio viene ricondotta a violazione del dovere di collaborazione del giudice con le parti, intrinseco alla sua posizione di terzietà. Precisa, inoltre, la Suprema Corte che la regola disposta dall'art. 183 comma 4° c.p.c., pur dettata espressamente per disciplinare la prima udienza di trattazione, vale in realtà per l'intero corso del processo, essendo intrinseco al corretto svolgimento di un "giusto processo" il principio del contraddittorio (art. 111 Cost.). La Cassazione, dunque, prima ancora della modifica introdotta dal legislatore all'art. 101 c.p.c. riguardante l'obbligo del giudice di sottoporre al contraddittorio la questione rilevata officiosamente, nella fase decisoria, ha interpretato estensivamente l'art. 183 comma 3° c.p.c., ritenendolo applicabile al processo nella sua interezza<sup>1033</sup>.

L'obbligo del giudice di segnalare la questione rilevabile d'ufficio viene ricollegato, alternativamente:

a) al dovere di collaborazione con le parti nella formazione della materia del giudizio (di cui sarebbe espressione l'art. 183, 4° co., c.p.c.), volto a garantire il principio del contraddittorio che governa il processo: principio che il giudice deve far osservare e deve osservare egli per primo, segnalando alle parti le questioni suscettive di rilievo officioso, onde consentire che su di esse si apra la discussione e sia consentito alla parti di precisare domande ed eccezioni, allegare altri elementi di fatto e richiedere nuove prove, così evitando di esporre i contendenti a decisioni «a sorpresa» o «della terza via» solitariamente adottate<sup>1034</sup>

---

dell'art. 354, 4° comma, c.p.c., la rimessione in termini per lo svolgimento nel processo d'appello delle attività il cui esercizio non è stato possibile; ove invece la violazione sia avvenuta nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394, 3° comma, c.p.c., sia dato spazio alle attività processuali omesse; eguale soluzione va adottata nel caso di sentenza non soggetta ad appello e come tale ricorribile per cassazione (fattispecie relativa a sentenza del giudice di pace che aveva accolto un'opposizione a precetto rilevando in sentenza che per le stesse somme era stato in precedenza notificato altro precetto)".

<sup>1033</sup> Si trattava di fattispecie relativa a sentenza del giudice di pace che aveva accolto un'opposizione a precetto, rilevando in sentenza che per le stesse somme era stato notificato in precedenza altro precetto per cui, il secondo era improduttivo di effetti per il principio del *ne bis in idem*. La Suprema Corte cassa la sentenza, con rinvio al giudice di pace affinché in tale sede sia dato corso alle attività processuali che le parti, per effetto della mancata segnalazione della questione rilevata d'ufficio, non hanno potuto svolgere.

<sup>1034</sup> Così si legge nella motivazione di Cass., 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce "Procedimento civile", n. 235, p. 1895.

b) al regime delle preclusioni e dello *ius poenitendi* (di cui ai commi 5° e 6° del citato art. 183 c.p.c.), in virtù del quale è consentito alle parti di aggiustare le proprie posizioni di partenza in conseguenza dello sviluppo dialettico del processo, sia esso dovuto all'attività delle parti ovvero all'esercizio del potere di segnalazione del giudice, ove questo abbia determinato un ampliamento della materia del giudizio<sup>1035</sup>. In questo senso, l'obbligo di attuazione del contraddittorio sulle questioni costituirebbe uno sviluppo naturale dello *ius poenitendi* che fa capo alle parti ai sensi dell'art. 183, 5° comma c.p.c., secondo cui "le parti possono modificare e precisare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate": si tratta di una norma che permette alla parti di aggiustare il tiro nel corso della trattazione e che vale a maggior ragione nell'ipotesi in cui il giudice intervenga indicando alle parti una questione rilevabile d'ufficio.

Le decisioni che hanno aderito all'orientamento garantista hanno precisato la sorte di una pronuncia che si basi sopra un elemento rilevato *ex officio* ma non sottoposto al previo contraddittorio delle parti: ciò comporta la violazione del dovere di collaborazione e determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla *questione* che ha condotto alla decisione solitaria<sup>1036</sup>.

---

<sup>1035</sup> Così si legge nella motivazione di Cass., 31 ottobre 2005, n. 21108, cit..

<sup>1036</sup> Qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, cagiona, se fondata, non già la regressione al primo giudice, ma, in forza del disposto dell'art. 354, 4° comma c.p.c., la rimessione in termini per lo svolgimento nel processo d'appello delle attività il cui esercizio non è stato possibile. Ove invece la violazione sia avvenuta nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394, 3° comma c.p.c., sia dato spazio alle attività processuali omesse. Eguale soluzione va adottata nel caso di sentenza non soggetta ad appello e come tale ricorribile per cassazione: cfr. Cass., 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Corr. giur.*, 2006, 507, con nota di CONSOLO; *contra*, escludendo la nullità della sentenza, v. tuttavia Cass., 27 luglio 2005, n. 15705, in *Nuova giur. comm.*, 2006, I, 820, con nota di FERRARIS, Cass. 5 agosto 2005, n. 16577, in *Foro it.*, 2006, I, 3174.



*4. La critica di Consolo alla sent. Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108.*

Come analizzato, la sentenza in esame conferma le precedenti individuando un orientamento giurisprudenziale che va prevalentemente nella direzione di colpire le “sentenze della terza via” in maniera molto determinata. Il fatto che il giudice, omettendo la segnalazione alle parti, violi il dovere di collaborazione, comporta la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell’esercizio del contraddittorio. Richiamandosi ai precedenti orientamenti esaminati (sent. Cass. n. 14637/2001 e n. 16577/2005), e ricordando il 4° comma dell’art. 183 c.p.c. che statuisce un dovere di collaborazione con le parti, volto a garantire il principio del contraddittorio che governa il processo, la Corte precisa che il giudice debba segnalare le questioni “suscettive di rilievo officioso” per consentire che su di esse si apra la discussione e siano perciò consentite alle parti nuove attività processuali, onde evitare di esporle a soluzioni “della terza via” o “a sorpresa” solitariamente adottate<sup>1037</sup>.

Questo perché secondo la Cassazione, il principio del contraddittorio, sarebbe intrinseco al corretto svolgimento di un “giusto processo”. Secondo Consolo, estensore di un brillante commento alla predetta sentenza, “la violazione deontologica, se si decide in base a questioni non previamente (all’udienza dell’art. 183 c.p.c. o , se emerse, o capite dopo, anche in seguito) sottoposte alle parti, vi è sempre; la nullità processuale, tuttavia, secondo i principi, ricorrerà spesso, tuttavia non sempre”<sup>1038</sup>. Consolo sostiene infatti che solamente nei casi in cui le questioni rilevabili d’ufficio siano di fatto o miste di fatto e di diritto, la parte soccombente può lamentarsi che la violazione di quel dovere deontologico le ha nuociuto limitando il suo diritto di difesa. In questo l’illustre Autore concorda con Chiarloni, nel riconoscere che non basta lamentare il mancato rilievo del giudice, ma occorre “in più che la risoluzione della questione abbia determinato, grazie alla particolarità del caso concreto, l’apertura a sviluppi della lite fino a quel momento non presi in considerazione dalle parti”<sup>1039</sup>.

---

<sup>1037</sup> CONSOLO, *Questioni rilevabili d’ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, in *Corr. Giur.*, 2006, 507.

<sup>1038</sup> ID., *Questioni*, cit., 508.

<sup>1039</sup> ID., *Questioni*, cit., 509.

La violazione del dovere di collaborazione, dunque, coinciderà con la violazione del principio del contraddittorio solo in contesti particolari e “bisognosi di puntualizzazione”.

**5. *La sent. Cass. 9 giugno 2008, n. 15194.***

In linea con l’orientamento garantista, è pure la sent. Cass. 9 giugno 2008, n.15194<sup>1040</sup>, che accoglie il ricorso incidentale avverso sentenza fondata su questione rilevata d’ufficio e mai dibattuta nel processo. La questione rilevata d’ufficio e non sottoposta al contraddittorio riguarda la ritenuta mancata produzione delle procure notarili con il conferimento di poteri ai rappresentanti della società ricorrente e resistente, erroneamente rilevata dal giudice e, invece, effettivamente prodotte. La Corte ritiene inammissibile il ricorso principale, trattandosi di errore materiale per il quale il rimedio è la revocazione; accoglie, invece, il ricorso incidentale, per omesso contraddittorio, su questione rilevata d’ufficio, e cassa con rinvio ad altra sezione della Corte d’appello.

*Sezione III: L’orientamento giurisprudenziale “sostanzialista”.*

**Sommario:** **1.** *Le pronunce Cass. 29 aprile 1982, n. 2712; Cass. 18 aprile 1998, n. 3940; Cass. 21 maggio 2001, n. 6890; Cass. 5 giugno 2003, n. 8993; Cass. 28 gennaio 2004, n. 1572; 2. Le pronunce del 2005: Cass. 27 luglio 2005, n. 15705; Cass. 13 settembre 2005, n. 18128; 3. Il contrasto tra la pronuncia Cass. 27 luglio, n. 15705 (orientamento sostanzialista) e la pronuncia Cass. 5 agosto 2005, n. 16577*

---

<sup>1040</sup> Cass. civ., sez. II, 09-06-2008, n. 15194, in *Foro it. On line*: “Il giudice non può decidere la lite in base ad una questione rilevata d’ufficio senza averla previamente sottoposta alle parti, al fine di provocare sulla stessa il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle rispettive difese in relazione al mutato quadro della materia del contendere, dovendo invece procedere alla segnalazione della questione medesima e riaprire su di essa il dibattito, dando spazio alle conseguenziali attività delle parti; infatti, ove lo stesso giudice decida in base a questione rilevata d’ufficio e non segnalata alle parti, si avrebbe violazione del diritto di difesa per mancato esercizio del contraddittorio, con conseguente nullità della emessa pronuncia (nella specie, la suprema corte ha evocato, a conforto dell’enunciato principio di diritto, anche la nuova formulazione dell’art. 384, 3° comma, c.p.c., sostituito dall’art. 12 d.leg. n. 40 del 2006, sul rilievo ufficioso di questioni nel giudizio di cassazione)”.

(orientamento garantista); 4. Segue. Il dibattito tra Ricci e Comoglio, sulle pronunce Cass. 27 luglio 2005, n. 15705 e Cass. 5 agosto 2005, n. 16577.

1. Le pronunce Cass. 29 aprile 1982, n. 2712; Cass. 18 aprile 1998, n. 3940; Cass. 21 maggio 2001, n. 6890; Cass. 5 giugno 2003, n. 8993; Cass. 28 gennaio 2004, n. 1572.

Come accennato, per molti anni, la Suprema Corte ha consolidato un orientamento giurisprudenziale, considerando l' indicazione alle parti delle questioni rilevabili d' ufficio di cui all' art. 183 comma 4° c.p.c., una mera facoltà del giudice, e conseguentemente attestando la validità delle sentenze della “terza via”, basate su una questione rilevata officiosamente dal giudice e non sottoposta al previo dibattito delle parti. In tal senso la pronuncia Cass. 29 aprile 1982, n. 2712<sup>1041</sup>, afferma che “la richiesta alle parti, ad opera del giudice istruttore, dei chiarimenti necessari, prevista dal secondo comma dell’art. 183 c.p.c. (applicabile anche al giudice collegiale e, attraverso il richiamo dell’art. 359 c.p.c., anche in appello), costituisce un’attività squisitamente discrezionale, il cui mancato uso, lungi dal poter formare oggetto di un motivo di impugnazione per violazione della legge processuale, comporta soltanto una maggiore attivazione probatoria della parte che avrebbe avuto interesse a rendere i chiarimenti stessi”.

La Suprema Corte ha avuto modo di ribadire in più occasioni - ad esempio con le pronunce: Cass. 18 aprile 1998, n. 3940; Cass. 21 maggio 2001, n. 6890; Cass. 5 giugno 2003, n. 8993; Cass. 28 gennaio 2004, n. 1572 - che l'art. 183 comma 4° c.p.c. non avrebbe posto a carico del giudice alcun obbligo di sottoporre preventivamente alle parti le questioni rilevabili *ex officio*, non comminando la norma alcuna sanzione per l'omissione di tale adempimento<sup>1042</sup>. A sostegno di

---

<sup>1041</sup> Cass. civ., 29-04-1982, n. 2712, in *Foro it. On line*: “La richiesta alle parti, ad opera del giudice istruttore, dei chiarimenti necessari, prevista dal 2° comma dell’art. 183 c.p.c. (applicabile anche al giudice collegiale e, attraverso il richiamo dell’art. 359 c.p.c., anche in appello), costituisce un’attività squisitamente discrezionale, il cui mancato uso, lungi dal poter formare oggetto di un motivo d’impugnazione per violazione della legge processuale, comporta soltanto una maggiore attivazione probatoria della parte che avrebbe avuto interesse a rendere i chiarimenti stessi”.

<sup>1042</sup> Sono espressione di tale orientamento, *ex multis*, Cass., 28 gennaio 2004, n. 1572, in *Dir. giur. agr. Amb.*, 2005, 388; Cass. 21 maggio 2001, n. 6890, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 2641; Cass. 18 aprile 1998, n. 3940, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce «Procedimento civile», n. 196; Cass., 29 aprile 1982, n. 2712, *Rep. Foro it.*, 1982, voce «Procedimento civile», n. 136.

questa tesi interpretativa sono stati addotti diversi argomenti, sviluppatasi nelle motivazioni delle sentenze<sup>1043</sup>. Ponendo l'accento sulla discrezionalità che compete al giudice, in varie pronunce si è affermato che il potere di cui all' art. 183 comma 4° c.p.c., è da considerarsi “squisitamente discrezionale” e non permette, per questa ragione, alcuna doglianza sul “se” e sul “quando” esso venga esercitato. Secondo la Suprema Corte, la questione rilevabile d'ufficio apparterrebbe al materiale della causa e, in quanto tale, sarebbe conoscibile dalle parti, le quali avrebbero potuto attivarsi per metterla in evidenza e difendersi sul punto, anche in assenza del rilievo officioso compiuto dal giudice (ciò è stato deliberato dalla citata Cass., 29 aprile 1982, n. 2712)<sup>1044</sup>.

Un secondo argomento utilizzato dalla Corte di cassazione (Cass., 21 maggio 2001, n. 6890<sup>1045</sup>) che ha preso posizione in ordine alla conformità dell'art. 184, comma 4° c.p.c. all'art. 24 Cost., si fonda sulla interpretazione analogica di quella che era la formulazione dell'art. 184 c.p.c. (antecedente alle riforme del 1990), laddove consentiva al giudice di sollevare e decidere d'ufficio per la prima volta in sede di decisione le cc.dd. eccezioni improprie. La Corte ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che “sarebbe ben singolare – e in violazione dei principi fondamentali dell'attuale processo civile - da un lato, escludere il potere del giudice di verificare, d'ufficio, se l'attore ha -o meno- adempiuto all'onere, dall'altro, imporre al giudice un termine ultimo diverso da quello della decisione, per permettergli di rilevare l'infondatezza della domanda attrice”.

---

<sup>1043</sup> Sui contrasti giurisprudenziali e sulle argomentazioni accolte dai vari orientamenti della giurisprudenza, si veda l'esautistica sintesi di FERRARIS, *Obbligo del giudice di sottoporre alle parti le questioni rilevabili d'ufficio?*, nota a Cass., 27 luglio 2005, n. 15705, in *Nuova giur. Comm.*, 2006, I, 822 ss.

<sup>1044</sup> La richiesta alle parti, ad opera del giudice istruttore, dei chiarimenti necessari, prevista dal 2° comma dell'art. 183 c.p.c., costituisce un'attività squisitamente discrezionale, il cui mancato uso, lungi dal poter formare oggetto di un motivo d'impugnazione per violazione -; della legge processuale, comporta soltanto una maggiore attivazione probatoria della parte che avrebbe avuto interesse a rendere i chiarimenti stessi: così Cass., 29 aprile 1982, n. 2712.

<sup>1045</sup> Cass., sez. III, 21-05-2001, n. 6890, in *Foro it. On line*: “E' manifestamente infondata in riferimento all'art. 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 112 e 184 c.p.c. nella parte in cui consentono al giudice di rilevare d'ufficio, per la prima volta in sede di decisione della causa, eccezioni cosiddette improprie sotto il profilo che il rilievo d'ufficio in sede di decisione impedirebbe alla parte di apprestare qualunque difesa al riguardo, essendo onere dell'attore quello di provare i fatti posti a fondamento della pretesa, onde è compito del giudice verificare d'ufficio se l'attore ha adempiuto o meno a tale onere”

2. Le pronunce del 2005: Cass. 27 luglio 2005, n. 15705; Cass. 13 settembre 2005, n. 18128.

Secondo la sent. della Cass., sez.II, 27 luglio 2005, n. 15705<sup>1046</sup>: i ricorrenti lamentavano la violazione degli art. 183 comma 3° , c.p.c., 111 e 24 Cost., per aver omissso la Corte d'appello di segnalare alle parti, le questioni rilevabili d'ufficio, come imposto dalle citate norme, per attuare il principio del contraddittorio e, per evitare la c.d. decisione a "sorpresa". La Suprema Corte ritiene infondato il motivo di ricorso, in quanto "condivide il prevalente orientamento giurisprudenziale di questa Corte, secondo cui, non è affetta da nullità e non è oggetto di alcuna censura, la sentenza che si fonda su una questione rilevata d'ufficio al momento dell'assunzione della decisione e non sottoposta dal giudice al preventivo contraddittorio delle parti. Non può infatti essere pronunciata la nullità di atti del processo se la nullità non è comminata dalla legge: una disposizione in tal senso manca nell'art.183 c.p.c."<sup>1047</sup>.

Attestate su fronte predicativo della validità delle decisioni "a sorpresa" si collocano pure le Sezioni unite, con la sent. della Cass. 13 settembre 2005, n. 18128, riguardante la rilevabilità d'ufficio dell'eccessiva entità di una clausola penale. La sentenza, pur non affrontando, *ex professo*, la tematica in questione, ha implicitamente escluso qualunque vizio di nullità della pronuncia di merito, che rilevata in via officiosa la questione, abbia poi proceduto autonomamente a ridurre il relativo importo, pur in mancanza di una esplicita richiesta delle parti e senza segnalazione della questione alle medesime, per aprire eventualmente il contraddittorio<sup>1048</sup>.

---

<sup>1046</sup> Cass. civ., sez. II, 27-07-2005, n. 15705, in *Foro it. On line*: "Non è affetta da nullità e non è soggetta ad alcuna censura la sentenza che si fonda su una questione rilevata d'ufficio dal giudice al momento di assumere la decisione e dallo stesso non sottoposta previamente al contraddittorio delle parti, tenuto conto che la nullità degli atti del processo può essere dichiarata solo se espressamente comminata dalla legge e che l'art. 183 c.p.c., che pure prevede che il giudice indichi alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, non commina alcuna sanzione per l'omissione di tale adempimento".

<sup>1047</sup> La fattispecie riguarda la divisione di beni caduti in successione, con liquidazione della quota di usufrutto del coniuge superstite, contestata da quest'ultimo e da altro erede, per violazione dell'art.183 comma 3° c.p.c..

<sup>1048</sup> Cass. 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it. On line*: "In tema di clausola penale, il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio per ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela, e ciò sia con riferimento alla penale

*3. Il contrasto tra la pronuncia Cass. 27 luglio, n. 15705 (orientamento sostanzialista) e la pronuncia Cass. 5 agosto 2005, n. 16577 (orientamento garantista).*

Nel corso dell'anno 2005 si è verificato tra la seconda e la terza sezione della Suprema Corte.

Il 27 luglio 2005, n. 15705 la seconda sezione statuisce la validità della sentenza che ha pronunciato su una questione d'ufficio non segnalata alle parti sulla base della assenza di una previsione *ex lege* di nullità.

Otto giorni dopo la terza sezione (Cass. 5 agosto 2005, n. 16577<sup>1049</sup>) stabilisce che, invece, la mancata indicazione da parte del giudice, di una questione sollevata d'ufficio che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, determina la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti.

La prima pronuncia sostiene che non sia nulla la sentenza che decide il merito della controversia in base ad una questione rilevabile d'ufficio e non prospettata dal giudice alle parti nel corso del processo<sup>1050</sup>. Il motivo dirimente (come

---

manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, giacché in quest'ultimo caso la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita”.

<sup>1049</sup> Cass. civ., sez. III, 05-08-2005, n. 16577, in *Foro it. On line*: La mancata segnalazione, da parte del giudice, di una questione sollevata d'ufficio che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria; qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394, 3° comma, c.p.c., sia dato spazio alle attività processuali che la parte abbia lamentato di non aver potuto svolgere a causa della decisione solitariamente adottata dal giudice (sulla base di tale principio, la suprema corte ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, con cui il giudice di appello aveva rigettato l'azione revocatoria promossa da una banca nei confronti di un atto di disposizione patrimoniale posto in essere da un fideiussore, rilevando d'ufficio la nullità della fideiussione, ai sensi dell'art. 10 l. 17 febbraio 1992 n. 154, senza rimettere la causa sul ruolo per consentire all'attrice di allegare e provare che il debito garantito derivava da operazioni bancarie poste in essere anteriormente all'entrata in vigore della predetta disposizione, non avente efficacia retroattiva”).

<sup>1050</sup> Cass., sez. II civ., 27 luglio 2005, n. 15705, in *Foro it. On line*: “Non è affetta da nullità e non è soggetta ad alcuna censura la sentenza che si fonda su una questione rilevata d'ufficio dal giudice al momento di assumere la decisione e dallo stesso non sottoposta previamente al contraddittorio delle parti, tenuto conto che la nullità degli atti del processo può essere dichiarata

analizzato nel precedente paragrafo), riposa sulla attestazione da parte della Corte che non possa essere pronunciata la nullità se la medesima non è comminata dalla legge: una disposizione consimile manca nella formulazione dell'art. 183 c.p.c. come sanzione della omessa indicazione alle parti delle questioni rilevabili d'ufficio.

Il contrasto con la sentenza "rivoluzionaria" (Cass. 14637/01) è evidente, tuttavia gli argomenti di quest'ultima non vengono espressamente contestati perché la Cass. 27 luglio 2005, n. 15705 si rifugia dietro l'assenza di un formale riferimento normativo.

L'altra sentenza del 2005, invece, conferma ed approfondisce la linea giurisprudenziale inaugurata nel 2001<sup>1051</sup>. Questa sentenza sostiene che la mancata segnalazione da parte del giudice di una questione sollevata d'ufficio e che comporti nuovi sviluppi della lite, non presi in considerazione dalle parti, determina la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio<sup>1052</sup>.

Il ragionamento della Corte è il seguente:

- 1) posto che esiste l'art. 183 comma 3° c.p.c. (il quale impone al giudice un dovere di collaborazione);
- 2) che questo dovere è volto a garantire il principio del contraddittorio (principio che il giudice deve far osservare ed osservare lui stesso segnalando le questioni rilevabili d'ufficio);
- 3) il giudice dovrà pertanto evitare di esporre le parti a decisioni "a sorpresa" o "della terza via" solitariamente adottate perché questi principi, secondo la Corte, sono da rispettare durante tutta la durata del processo, "essendo intrinseco al

---

solo se espressamente comminata dalla legge e che l'art. 183 c.p.c., che pure prevede che il giudice indichi alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, non commina alcuna sanzione per l'omissione di tale adempimento".

<sup>1051</sup> Cass., sez. III civ., 5 agosto 2005, n. 16577. La linea è enunciata dalla sentenza stessa: "Questa Corte ha avuto modo di statuire che è nulla la sentenza che si fonda su di una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti (sent. n. 14637/01). A tale principio il Collegio ritiene uniformarsi per le seguenti ragioni", in COMOGLIO, «Terza via» e processo «giusto», in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 748.

<sup>1052</sup> ID., «Terza via» e processo «giusto», cit., 749, "il giudice che ritenga di decidere la lite in base ad una questione rilevata d'ufficio, senza averla previamente sottoposta alle parti al fine di provocare su di essa il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese in relazione al mutato quadro della materia del giudizio, deve astenersi dal decidere solitariamente e procedere alla segnalazione della questione che intende rilevare d'ufficio, riaprendo su di essa il dibattito e dando spazio alle conseguenziali attività".

corretto svolgimento di un giusto processo il principio del contraddittorio (art.111 Cost.)”<sup>1053</sup>.

Da queste premesse la Corte trae le seguenti conclusioni:

“La violazione del dovere di collaborazione, integrata dalla mancata segnalazione delle questioni che il giudice ritiene di sollevare d’ufficio, determina, nel caso in cui si tratti di questioni che aprono nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, nullità della sentenza per avere violato il diritto di difesa delle parti (art. 24 Cost.), privandole dell’esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie, sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria”<sup>1054</sup>.

*4. Segue. Il dibattito tra Ricci e Comoglio , sulle pronunce Cass. 27 luglio 2005, n. 15705 e Cass. 5 agosto 2005, n. 16577.*

Le due sentenze analizzate (una contraria ed una a favore della nullità delle pronunce ‘della terza via’) sono autorevolmente commentate da due illustri autori, Ricci e Comoglio, i quali prendono posizione contro la motivazione della prima sentenza, rilevando il fatto che essa non terrebbe conto che il principio della tassatività riguarda le nullità cd “formali” e non anche le nullità cd “extraformali”. Difatti “[...] la nullità discendente dall’avvenuta violazione del principio del contraddittorio come garanzia fondamentale è (almeno in linea di massima) “extraformale”<sup>1055</sup>.

Riguardo alla seconda pronuncia, Ricci parte da queste premesse:

---

<sup>1053</sup> ID., «Terza via» e processo «giusto», loc cit..

<sup>1054</sup> ID., «Terza via» e processo «giusto», loc cit..

<sup>1055</sup> Nota adesiva, seppure critica del ragionamento sottostante, RICCI, *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 750-751. Ricci sostiene che il punto dolente sia invece un altro: esso si sostanzia nel domandarsi se la mancata segnalazione di questioni rilevabili d’ufficio da parte del giudice violi o meno il principio del contraddittorio. La risposta negativa convince l’autore più di una risposta positiva. “Anche se la sentenza n. 16577/2005 sembra unificare il principio del contraddittorio come garanzia e il principio di collaborazione, come se l’uno e l’altro fossero espressione di una medesima regola di fondo, è infatti chiaro che si tratta di regole differenti, non confondibili l’una con l’altra”, RICCI, *La sentenza «della terza via»*, cit., 752.



- a) posto che la mancata segnalazione alle parti di questioni rilevabili d'ufficio da parte del giudice non individua lesione del contraddittorio, ma violazione di un dovere di collaborazione;
- b) che il dovere di collaborazione non è il principio del contraddittorio inteso come una garanzia (come invece riterrebbe secondo Ricci la Suprema Corte nella sentenza Cass. 16577/2005<sup>1056</sup>)
- c) che, riprendendo il pensiero di Chiarloni, il principio di collaborazione e quello del contraddittorio come garanzia operano su due piani differenti;
- d) se ne può dedurre che: la lesione del solo principio di collaborazione, come per Chiarloni, non comporta, di per sé, la nullità della sentenza.

Aggiunge poi Ricci che la sua diffidenza di fondo per atteggiamenti o interpretazioni di tipo “collaborativo”, mal si concilia con la descrizione delle dinamiche processuali, più vicine ad una prospettiva che vede l'equilibrio di forze contrapposte come elemento primario.

Secondo Ricci, infatti, l'art. 183 comma 3° c.p.c., esprime il principio del contraddittorio, ma non sotto le forme del diritto alla difesa. Semmai: “Il contraddittorio è anche lo strumento, mediante il quale – attraverso la composizione dialettica tra tesi diverse – si persegue il fine di una decisione fondata sulla più plausibile ricostruzione dei fatti e su una corretta diagnosi *in iure*; ed in tanto il contraddittorio adempie la sua funzione in quanto le parti esercitino effettivamente la loro facoltà di interloquire.

Avendo di mira la giustizia della futura decisione, il contraddittorio come garanzia non basta più: occorre che le parti si avvalgano delle loro facoltà; e proprio per questo la legge prevede che il giudice, prima di rassegnarsi ad affrontare e risolvere da solo la questione rilevabile d'ufficio, faccia il possibile per stimolare il dibattito”<sup>1057</sup>.

In questo modo la sanzione della nullità, qualora il giudice non stimolasse il contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio, sarebbe certamente eccessiva perché non assisteremmo ad una lesione del contraddittorio, inteso come garanzia

---

<sup>1056</sup> ID., *La sentenza «della terza via»*, loc.cit., “Anche se la sentenza Cass.16577/2005 sembra unificare il principio del contraddittorio come garanzia e il principio di collaborazione, come se l'uno e l'altro fossero espressione di una medesima regola di fondo, è infatti chiaro che si tratta di regole differenti, non confondibili l'una con l'altra”.

<sup>1057</sup> RICCI, *La sentenza «della terza via»*, cit., 752.

di difesa, ma del contraddittorio inteso come strumento per giungere ad una più plausibile ricostruzione dei fatti e una corretta diagnosi *de iure*, dunque di uno strumento logico di conoscenza. A questo punto si tratta insomma di valutare solamente se il giudice abbia risolto in modo “erroneo” oppure correttamente la questione rilevabile d’ufficio. Nel primo caso “il rimedio va trovato unicamente nei mezzi, con i quali si fa valere l’ingiustizia della sentenza”<sup>1058</sup>; nel secondo caso, invece, “vuol dire che la mancanza di dibattito tra le parti non ha provocato alcuna conseguenza e la sentenza merita di essere tenuta ferma”<sup>1059</sup>.

La nota di Comoglio, critica nei confronti della prima sentenza (la sent. Cass. 15705/2005) sia nel merito che nella motivazione (con argomenti analoghi a quelli del Ricci), appare invece adesiva rispetto alle argomentazioni proposte dalla Corte nella seconda sentenza del 2005 (la sent. Cass. 16577/2005). Augurandosi infatti che questo possa essere l’orientamento di un eventuale intervento delle Sezioni Unite, prende ad esaminare la pronuncia.

Il divieto delle sentenze “a sorpresa”, impone un preciso dovere del giudice, secondo Comoglio, “di provocare preventivamente il contraddittorio pieno delle parti su ogni questione, di fatto o di diritto, avente incidenza decisoria, che egli ritenga di rilevare d’ufficio, riservandosi poi di porla a fondamento della successiva sua pronuncia”<sup>1060</sup>. A supporto di questa indicazione che l’autore definisce tesi “garantistica”, i motivi addotti sono di varia natura: innanzitutto esperienze comparatistiche (in special modo tedesche ed austriache), in secondo luogo la riforma dell’art. 384 comma 3° c.p.c. che impone, per il caso in cui la Corte di Cassazione nel decidere del merito ritenga di porre a fondamento della propria decisione una questione rileva d’ufficio, che debba essere assegnato alle parti ed al p.m. termine per il deposito di osservazioni sulla questione medesima. Inoltre Comoglio non ritiene risolutivi né l’argomento che richiama il principio della collaborazione processuale né l’argomento che si rifà ad una duplicità di fini istituzionali del contraddittorio (sui quali peraltro egli concorda con Ricci), secondo cui il contraddittorio per un verso costituirebbe il “punto di equilibrio

---

<sup>1058</sup> ID., *La sentenza «della terza via»*, loc. cit..

<sup>1059</sup> ID., *La sentenza «della terza via»*, loc. cit..

<sup>1060</sup> COMOGLIO, «*Terza via*» e processo «giusto», cit., 755-762, spec.. 758.

delle garanzie offensive e difensive delle parti”<sup>1061</sup>, per altro verso “lo strumento d’elezione per l’accertamento dialettico della verità dei fatti controversi e, quindi, per il conseguimento di un giusto processo”<sup>1062</sup>.

La questione, secondo l’autore, si risolve sul piano costituzionale del dovere di imparzialità che incombe sull’ autorità giudicante. Nell’esercizio dei suoi poteri, il giudice non può pensarsi legato ad un dovere istituzionale di intervenire attraverso “correttivi”, ogni volta che si accorga di errori difensivi delle parti, posto che simili interventi andrebbero sicuramente a vantaggio di una parte e a svantaggio dell’altra. Comoglio dunque propende per un richiamo al principio costituzionale di legalità, il quale impone di rilevare immediatamente e di sottoporre al vaglio dialettico delle parti una questione rilevabile d’ufficio<sup>1063</sup>.

Questo potere-dovere scaturisce direttamente dalle norme costituzionali agli artt. 101 comma 1° e 111 commi 1°-2° Cost. ed impone il rilievo e l’indicazione immediata alle parti delle questioni rilevate d’ufficio affinché esse diventino oggetto del loro contraddittorio. Dunque il rilievo alle parti, lungi dall’indicare un’ opportunità sanzionabile sul piano deontologico, diviene nella prospettiva di Comoglio un obbligo necessitato e che comporterebbe, in caso di mancato rispetto, la nullità della pronuncia come un esito necessario.

#### CAPITOLO 4) GLI ORIENTAMENTI DOTTRINALI ANTECEDENTI ALLE RIFORME.

##### **Sommario:**

Sezione I: Cenni sugli orientamenti dottrinali in Francia, Germania e Austria.

Sezione II: La teoria garantista (Grasso, Denti, Comoglio, Ferri, Montesano).

**1.** Le elaborazioni di Grasso e Denti; **2.** Le elaborazioni di Comoglio; **3.** Segue. Il contrasto tra Denti e Ferri; **4.** Le elaborazioni di Montesano.

---

<sup>1061</sup> ID., «Terza via», cit., 759.

<sup>1062</sup> ID., «Terza via», cit., 760.

<sup>1063</sup> ID., «Terza via», cit., 761

Sezione III: La teoria sostanzialista (Chiarloni, Ricci, Consolo).

1. Le elaborazioni di Chiarloni; 2. Le elaborazioni di Ricci; 3. Le elaborazioni di Consolo.

Sezione IV: La teoria intermedia (Luiso).

1. Le elaborazioni di Luiso.

Sezione I: Cenni sugli orientamenti dottrinali in Francia, Germania e Austria.

Di “Überraschungsentscheidung” (o come si dice in Italia di sentenza “a sorpresa” o “della terza via”) si cominciò a parlare, nella dottrina processualistica della Germania occidentale, a partire dagli anni '60, quando si fece strada, con sempre maggior convinzione, l'idea secondo la quale una decisione giurisdizionale, fondata su di una tesi, in fatto o in diritto<sup>1064</sup>, radicalmente diversa da quelle prospettate dalle parti in lite, adottata dal giudice d'ufficio (senza, dunque, mai essere stata sottoposta al loro preventivo contraddittorio), violerebbe irrimediabilmente il “nucleo essenziale” della garanzia costituzionale, in cui si traduce il diritto fondamentale di ogni individuo al “Rechtliche Gehör”<sup>1065 1066</sup>. Nel ricollegarsi a tale opinione teorica, la Novella legislativa del 1976 introdusse nella ZPO del 1877 un primo positivo riscontro, disponendo nel § 278, comma 3°, che il giudice non potesse fondare la propria decisione su di un determinato “punto di vista

---

<sup>1064</sup> Preferibilmente, però, si parlava di “Überraschungsschutz” e di “Rechtsgespräch”, facendo soprattutto riferimento al mancato previo contraddittorio sulle *quaestiones juris*, rilevate e risolte d'ufficio dal giudice in base al canone *jura novit curia*. Sul tema, con ampia trattazione: TROCKER, *Processo civile e Costituzione, Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, 499-505, 674-684.

<sup>1065</sup> Cfr. gli artt. 19, comma 2°, e 103, comma 1°, della Costituzione federale tedesca del 1949 (GG). Su questo fondamentale diritto di “ciascuno” di farsi “udire” dal giudice prima della decisione (art. 103, comma 1°: “vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör”), si veda ad es., nella risalente dottrina, DAHS JR, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, München und Berlin, 1965, 17-19, 23 ss., 28-31, 35-36; nonché, per ulteriori rilievi, COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 145-146, testo e note; ID., *Etica e tecnica del «giusto processo»*, cit., 71-74, 176-178; TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, cit., 169-179, 367 ss., 451 ss., 637 ss.

<sup>1066</sup> COMOGLIO, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Libro dell'anno del Diritto*, in *Treccani.it*, 2012, par. 1.2.

giuridico”<sup>1067</sup>, evidentemente (e riconoscibilmente) trascurato o ritenuto irrilevante da una delle parti, se non quando egli avesse previamente dato a quest’ultima un’adeguata opportunità di interloquire in merito<sup>1068 1069</sup>. Tale precetto, pur con qualche semplificazione terminologica, ma con un sostanziale rafforzamento, viene oggi a costituire, dopo le ultime Novelle degli anni 2001-2003, un caposaldo della cd. “direzione materiale” del procedimento, in forza della quale, ai sensi del § 139, comma 2°, il giudice deve anzitutto “indicare” ad una parte (o ad entrambe) la questione, assicurando loro un’adeguata opportunità di interloquire, prima della decisione finale<sup>1070 1071</sup>. Una previsione del tutto analoga si riscontra pure, dopo la riforma del 2003, nel nuovo § 182a della ZPO austriaca del 1895<sup>1072</sup>. Nella medesima prospettiva, ma con ulteriori importanti specificazioni, si è collocato, a suo tempo, anche il c.p.c. francese del 1975. In un processo civile a cognizione ordinaria, entro il quale i corollari più importanti del

<sup>1067</sup> Al di là della mera traduzione letterale, se si tiene conto di altre locuzioni dello stesso linguaggio giuridico tedesco (ad es., “streitiges Punkt”), non parrebbe scorretto, ai fini della presente indagine, parlare comunque di “questione”.

<sup>1068</sup> Il precetto non valeva per la pronunzia su domande aventi ad oggetto mere obbligazioni o prestazioni accessorie («Nebenforderungen»). Il § 278, comma 3°, era così formulato: “Auf einen rechtlichen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat”. In dottrina, si sottolineava soprattutto come: a) il rispetto di tale nuova regola fosse una peculiare espressione dell’ “Hinweispflicht” a carico del giudice, ponendosi quale condizione essenziale al fine di giungere ad una decisione “corretta” e “giusta”; b) per “rechtliche Gesichtspunkt” dovesse intendersi ogni questione concernente l’applicabilità di una data fattispecie normativa astratta (legale o negoziale) alla fattispecie concreta controversa; c) la soluzione di siffatta questione fosse ineludibilmente necessaria (“entscheidungserheblich”) per la pronunzia sulla domanda principale; d) nel valutare l’atteggiamento della parte (che avesse trascurato di considerare o ritenuto irrilevante la questione decisiva), il giudice non dovesse negare il previo contraddittorio solo perché quella parte (o il suo difensore) “avrebbe dovuto” comunque conoscerne ed apprezzarne anzitempo la piena rilevanza decisoria. In proposito, ad es., cfr. i rilievi di PUTZO, *Zivilprozessordnung*, München, 1987, 563- 567.

<sup>1069</sup> COMOGLIO, *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio*, cit..

<sup>1070</sup> Nella vigente versione della norma, ripresa dal cit. § 278, comma 3°, si parla ora semplicemente di “Gesichtspunkt”, trascurato o reputato irrilevante da una parte, stabilendosi che il giudice può fondare su di esso la propria decisione unicamente “... wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien ...”.

<sup>1071</sup> COMOGLIO, *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio*, cit..

<sup>1072</sup> Qui si torna a parlare, però, ancora di «rechtliche Gesichtspunkte», la cui utilizzabilità decisoria – eccezion fatta, come già si è visto nella ZPO tedesca, per la pronunzia in ordine a meri «Nebenansprüchen» – è subordinata alla condizione che il giudice ne abbia previamente discusso con le parti, chiedendo loro i necessari chiarimenti (ex § 182), ed abbia loro assicurato, di conseguenza, un’adeguata opportunità di interloquire.

principio dispositivo in senso stretto<sup>1073</sup> si armonizzano con il ruolo attivo del giudice sia nella “chiarificazione” dei fatti e delle questioni<sup>1074</sup>, sia nell’ammissione e nell’assunzione delle prove<sup>1075</sup>, il principio del contraddittorio diviene oggetto di un imperativo inderogabile<sup>1076</sup>, gravante non soltanto sulle parti nella loro reciproca contrapposizione<sup>1077</sup>, ma anche, e soprattutto, sul giudice<sup>1078 1079</sup>. Quest’ultimo, dunque, come non può utilizzare, nella sua decisione, fatti e prove che non siano stati oggetto di un preventivo “dibattito” inter partes, così non può fondare la propria pronuncia su questioni di diritto, rilevate d’ufficio<sup>1080</sup>, senza aver previamente “invitato” le parti stesse a formulare le loro “osservazioni” al riguardo<sup>1081 1082</sup>.

*Sezione II: La teoria garantista (Grasso, Denti, Comoglio, Ferri, Montesano).*

**Sommario:** **1.** Le elaborazioni di Grasso e Denti; **2.** Le elaborazioni di Comoglio; **3.** Segue. Il contrasto tra Denti e Ferri; **4.** Le elaborazioni di Montesano.

**1. Le elaborazioni di Grasso e Denti.**

Il problema delle c.d. sentenze “a sorpresa”, ha ruotato attorno all’interpretazione di una disposizione contenuta nell’art. 183: quest’ultima, come è noto, si limita a stabilire che nell’udienza di trattazione, il giudice, oltre a richiedere alle parti i chiarimenti necessari (sulla base dei fatti allegati) “indica le questioni rilevabili

---

<sup>1073</sup> Cfr., sui principi corrispondenti agli artt. 99 e 112 del nostro codice di rito, gli artt. 4-5, nonché, a proposito degli oneri di allegazione e di prova delle parti, gli artt. 6 e 9.

<sup>1074</sup> Cfr. gli artt. 7-8, 12-13.

<sup>1075</sup> Cfr., in particolare, l’art. 10 (“le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles”) e l’art. 146.

<sup>1076</sup> Appartenente all’ordine pubblico processuale (art. 14: «nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée») e, come tale, foriero di nullità processuali assolute, rilevabili d’ufficio.

<sup>1077</sup> Con riferimento a tutte le allegazioni di fatto («moyens de fait»), nonché a tutti gli elementi di prova ed alle argomentazioni di diritto («moyens de droit»), che ciascuna di esse ponga a fondamento delle proprie pretese: art. 15.

<sup>1078</sup> Art. 16, comma 1°: «le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction».

<sup>1079</sup> COMOGLIO, *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio*, cit..

<sup>1080</sup> Cfr., per i “moyens de pur droit”, nell’ambito del canone *jura novit curia*, l’art. 12, comma. 1°-2° e 3°.

<sup>1081</sup> Art. 16, comma 3°: il giudice “ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”

<sup>1082</sup> COMOGLIO, *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio*, cit..

d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione". Tale disposizione normativa, tuttavia, è sempre apparsa l'unico presidio delle parti volto ad evitare la decisione di "terza via" del giudice; al contempo, è stata perlopiù considerata uno strumento di tutela insufficiente per le parti rispetto al rischio connesso alla violazione del contraddittorio. Inoltre, una certa influenza è stata esercitata sulle posizioni contrapposte della dottrina anche dall'art. 16 c.p.c. francese, il quale, come è noto, stabilisce che "*Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction*"<sup>1083</sup>.

Dopo la codificazione del '42, si è consolidata una interpretazione "letterale" dell' art. 183 comma 4° c.p.c. (al tempo comma 2°), che considerava l' inciso "indica alle parti le questioni rilevabili d' ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione", non un obbligo del giudice, ma una sua mera facoltà. Di conseguenza la mancata instaurazione del contraddittorio delle parti, sui rilievi officiosi posti a fondamento della decisione, non incidere sulla validità della sentenza pronunciata.

Andrioli è stato uno dei primissimi autori<sup>1084</sup> che ha cercato di trovare delle soluzioni per garantire il rispetto del contraddittorio delle parti verso le questioni officiose, proiettandosi al di là dell' interpretazione "letterale" dell' art. 183 comma 4° c.p.c., evidenziando come il codice non avesse dato seguito alle aspirazioni che aveva suscitato<sup>1085</sup>.

In tal senso presero posizione anche altri autori come ad esempio Grasso con un noto saggio del 1966, il quale stabilisce che l' idea che il giudice prima di pronunciare debba sentire le parti (non quindi una semplice facoltà), è estranea al principio del contraddittorio ex art. 101 c.p.c., inteso come regola di uguaglianza formale delle parti<sup>1086</sup>. Dunque secondo l' Autore la portata precettiva dell' art. 183 comma 4° c.p.c. e il dovere del giudice di sottoporre alle parti i rilievi officiosi, trovano fondamento nel principio di collaborazione<sup>1087</sup>. Grasso conclude il suo celebre saggio, rafforzando la sua teoria, specificando che, "(soltanto) nella regola

---

<sup>1083</sup> Si veda COUCHEZ, *Principe de la contradiction*, in *Juris classeur de procédure civile*, 1998, 12 ss.; e le osservazioni di BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2002, 190 ss.

<sup>1084</sup> Tra i primissimi autori vedasi anche: CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 170.

<sup>1085</sup> ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 2a ed., Napoli 1956, II, 82.

<sup>1086</sup> GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1966, 591.

<sup>1087</sup> ID., *La collaborazione*, loc. cit., nt. 22.

della collaborazione trova un sicuro fondamento la necessità che il giudice sottoponga all' esame delle parti ogni questione di fatto rilevabile d' ufficio, prima di decidere sulla medesima”<sup>1088</sup>.

L'inquadramento di più ampio respiro del problema delle sentenze della “terza via”, è stato realizzato da Denti in un articolo apparso nel 1968 sulle pagine della Rivista trimestrale<sup>1089</sup>. All' Autore va attribuito il merito di aver fornito una lettura della questione - fino a quel momento soltanto abbozzata in dottrina - avulsa da un'ottica strettamente tecnico-processuale e calata nel contesto delle garanzie costituzionali, creando in tal modo una impostazione che è stata recepita dalla dottrina, in modo pressoché invariato nelle sue linee fondamentali, fino ai giorni nostri<sup>1090</sup>. In generale, il problema delle sentenze della “terza via” è stato impostato e risolto in chiave garantista da Denti, in quanto la garanzia della difesa e il correlativo diritto, costituiscono il perno della costruzione proposta dall' Autore<sup>1091</sup>. Su questa linea di pensiero, il contraddittorio e la sua piena attuazione ad opera del giudice, devono essere orientati dalla necessità di mettere le parti in condizione di interloquire e di avvalersi dei mezzi difensivi a tutto campo, in ordine alle questioni destinate a fondare la decisione del giudice. Lo schema generale di questa costruzione, volto a valorizzare in massima misura la garanzia fondamentale della difesa, corrisponde dunque ad una prospettiva processuale, che ricollega la giustizia del processo alla correttezza del procedimento in cui essa si articola, a prescindere dalle caratteristiche della decisione che il processo produce<sup>1092</sup>.

Sulla scia di indicazioni dottrinali autorevoli<sup>1093</sup>, Denti ha a suo tempo tratto spunto per “la riflessione sulle c.d. sentenze della “terza via” partendo da un nodo interpretativo sorto in relazione al testo di quello che, all'epoca, era l'art. 183, 2° comma c.p.c., secondo il quale “il giudice indica alla parte le questioni rilevabili

---

<sup>1088</sup> ID., *La collaborazione*, cit, 608.

<sup>1089</sup> Il riferimento è a DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. trim. Dir. proc. Civ.*, 1968, 217 ss.

<sup>1090</sup> GAMBÀ, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la “scommessa aperta” dell' ordinamento processuale*, in TARUFFO (a cura di), *Il processo civile riformato*, Torino, 2010, 73.

<sup>1091</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c.*, cit., 74.

<sup>1092</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c.*, cit., 73.

<sup>1093</sup> Si vedano ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956. 81 ss.; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 170.



d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione". L'ambigua formulazione della norma aveva sollecitato l'attenzione della dottrina, la quale, a più riprese, si era chiesta, se la disposizione ponesse un vero e proprio dovere a carico del giudice di sottoporre all'attenzione e al contraddittorio delle parti le questioni rilevate, dovere dalla cui violazione sarebbe derivata la nullità della sentenza, ovvero se il comma 2° (attualmente comma 4°) dell'art. 183 c.p.c. configurasse una mera facoltà, il cui esercizio fosse rimesso al potere discrezionale del giudice stesso<sup>1094</sup>.

Le prospettazioni della dottrina dell'epoca, si erano rivelate acute nel rilevare la questione, ma la riformulazione del problema ed il percorso argomentativo proposti da Denti, si sono distinti per la profondità sistematica, ed hanno impresso una svolta fondamentale all'inquadramento della questione delle sentenze "di terza via"<sup>1095</sup>. Avvalendosi di una lettura "costituzionalmente orientata" delle norme processuali, l'Autore ha affrontato i termini del problema partendo dal presupposto che l'attuazione della garanzia della difesa ex art. 24 comma 2° Cost., implichi il dovere del giudice, di sottoporre le questioni rilevabili d'ufficio al previo contraddittorio delle parti. A tali, conclusioni, tuttavia, l'Autore è giunto non già muovendo dall'interpretazione dell'art. 183 c.p.c., bensì prendendo le mosse dall'art. 101 c.p.c. e rileggendo il principio del contraddittorio in esso contemplato, alla luce della garanzia costituzionale del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.. Riprendendo le parole di Denti, il problema "sussiste, non come problema di interpretazione dell'art. 183, comma 2° c.p.c. bensì in relazione ad una più comprensiva visione dei rapporti tra i poteri del giudice e i poteri delle parti, che trova il suo fondamento nell'art. 101 c.p.c., interpretato alla luce dell'art. 24 comma 2° Cost."<sup>1096</sup>.

I presupposti su cui si fonda la costruzione, sono rappresentati dal significato attribuito alla regola del contraddittorio, da considerarsi, nel nostro ordinamento processuale, il principio fondamentale in cui si realizza il diritto di difesa, un aspetto integrante del diritto di azione garantito dall'art. 24, comma 2° Cost.<sup>1097</sup>. Se

---

<sup>1094</sup> GAMBÀ, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, cit., 73.

<sup>1095</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, cit., 74.

<sup>1096</sup> Così DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 219

<sup>1097</sup> DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 223, richiamandosi alle affermazioni di CAPPELLETTI, *Diritto di azione e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 1286, nonché alla giurisprudenza della Corte costituzionale di cui è espressione C. Cost., 22 dicembre 1961, n. 70, in *Foro it.*, 1962, I, 13.

il contraddittorio non è assicurato o è compromesso, viene meno il diritto di difesa che deve essere garantito in capo alle parti: in questo senso, il problema centrale affrontato dall'Autore è quello di esplicitare il carattere “direttivo” dell'art 24 comma 2° Cost. rispetto all' art 101 c.p.c., individuando le fattispecie nelle quali il potere decisorio dell'organo giurisdizionale, è validamente esercitato solo se le parti hanno avuto la possibilità di interloquire sull'oggetto della lite<sup>1098</sup>. In altri termini, se il principio del contraddittorio ha rilevanza costituzionale, in considerazione del suo essere espressione del diritto della difesa enunciato dall'art 24 Cost.<sup>1099</sup>, esso deve informare le disposizioni del codice di rito, le quali vanno interpretate alla luce di quel principio: pertanto, il principio stesso deve essere osservato anche e soprattutto dal giudice, il quale è tenuto a segnalare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, al fine di stimolare la dialettica e il contraddittorio sopra le medesime<sup>1100</sup>. Ciò, è tanto più vero durante una fase cruciale del processo: quella di trattazione della causa, dove si precisano definitivamente le domande e dove maturano le preclusioni e dove quel soggetto, il giudice, in virtù della sua posizione istituzionale, nonché della sua preparazione, è tenuto ad individuare elementi nuovi o non tenuti in debita considerazione nelle difese delle parti, mettendo le stesse nella condizione del più ampio esercizio del diritto di difesa<sup>1101</sup>. Da qui il dovere del giudice di provocare il contraddittorio delle parti sulle questioni e la nullità della sentenza pronunciata in violazione di tale dovere<sup>1102</sup>. L'importanza di questa costruzione, non necessita di essere sottolineata ulteriormente, anche se vale la pena di metterne in evidenza due aspetti principali<sup>1103</sup>. Sotto un primo profilo, l'inquadramento ha avuto il merito di “sganciare” il problema del contraddittorio sulle questioni e delle sentenze di “terza via”, dall'ambito, ristretto, costituito dalla mera interpretazione dell'art. 183 c.p.c., attribuendogli una collocazione più completa dal punto di vista sistematico e leggendo le norme in rapporto all'operatività dei principi generali del processo,

---

<sup>1098</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 74.

<sup>1099</sup> Quando Denti scriveva il suo celebre saggio *Questioni rilevabili d' ufficio, cit.*, non era ancora avvenuta la modifica dell' art. 111 Cost, che ha sancito espressamente a livello costituzionale il principio del contraddittorio.

<sup>1100</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 75.

<sup>1101</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1102</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1103</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

considerati alla luce delle garanzie costituzionali<sup>1104</sup>. In questo contesto, il dovere del giudice di corretta gestione del contraddittorio, rappresenta il presupposto necessario per la corretta attuazione del diritto di difesa, costituzionalmente garantito, e l'art. 101 c.p.c. esprime l'esigenza e la necessità che il contraddittorio sia assicurato per tutto il corso del processo e, in particolare, prima che il giudice pronunci su questioni rilevabili d'ufficio<sup>1105</sup>. Sotto un secondo profilo, l'Autore ha preso nettamente le distanze dalla dottrina tradizionale, che aveva svalutato il principio del contraddittorio, riducendolo a regola di mera uguaglianza formale tra le parti<sup>1106</sup>. Se il principio del contraddittorio non interpreta una mera garanzia di parità statica e astratta, realizzata da eguali possibilità processuali riconosciute a tutte le parti, ma, al contrario, esige "il riconoscimento di *chances* effettive di partecipazione dinamica nel corso dell'intero procedimento", il problema delle questioni rilevabili d'ufficio, poste dal giudice alla base della decisione, ma non sottoposte al fuoco incrociato delle parti, si pone come un problema della gestione del contraddittorio ad opera del giudice stesso<sup>1107</sup>. A questi viene richiesto di attivarsi non quando conosce, bensì quando decide di una questione idonea a definire la controversia, utilizzando i mezzi messi a disposizione dall'ordinamento: o la questione viene rilevata dal giudice istruttore, ed in tal caso egli è tenuto ad indicarla alle parti nel provvedimento con il quale la causa viene rimessa in decisione (art. 187, commi 1°, 2° e 3°); ovvero la questione è sollevata per la prima volta in sede di decisione, ed allora il giudice procede alla pronuncia dell'ordinanza prevista dagli artt. 279 comma 1° e 280 c.p.c., con la rimessione delle parti davanti al giudice medesimo in fase istruttoria, per la trattazione della questione<sup>1108</sup>. Da ciò si deduce che un' interpretazione dell' art. 101 c.p.c., che sia in linea con i principi costituzionali, conduce ad affermare la presenza del dovere del giudice di provocare il contraddittorio delle parti sulle questioni pregiudiziali rilevate d'ufficio, in ottemperanza ad una interpretazione concretizzatrice dei principi costituzionali<sup>1109</sup>.

---

<sup>1104</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1105</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1106</sup> La critica di Denti alle tesi tradizionali è espressa anche in DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 395 ss.

<sup>1107</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 76.

<sup>1108</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1109</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

Entro la “griglia ricostruttiva” delineata lucidamente da Denti si è collocata buona parte dell'elaborazione dottrinale successiva. Per quanto dal tenore letterale della disposizione contenuta nell'art. 183 c.p.c. non fosse chiaramente individuabile un vero e proprio obbligo in capo al giudice, la dottrina prevalente ha ritenuto, che questi non possa fondare la decisione, pena la nullità della stessa, su questioni di fatto o di diritto rilevate d'ufficio, che abbiano carattere pregiudiziale in senso tecnico (la cui decisione sia idonea, cioè, a definire il giudizio ai sensi degli artt. 187 comma 2°, e 279, comma 2°, nn. 1,2,4), se su di esse non sia stato preventivamente provocato il contraddittorio tra le parti<sup>1110</sup>. Tuttavia, come è noto, le maggiori implementazioni del nucleo originario dell'orientamento avviato da Denti, sono state apportate da studiosi di scuola pavese, i quali hanno valorizzato l'inquadramento dell'art. 183 c.p.c., nel contesto delle garanzie costituzionali e ne hanno esteso in varie direzioni la funzione di salvaguardia del diritto di difesa<sup>1111</sup>.

## 2. Segue. L'elaborazione di Comoglio.

Importanti sono stati gli approfondimenti compiuti da Comoglio in relazione alle garanzie costituzionali del processo. Se i presupposti di impostazione del problema sono rimasti quelli posti da Denti, gli sviluppi condotti da Comoglio hanno rafforzato il nucleo originario della tesi, con una pluralità di argomentazioni derivanti da una ampia considerazione dell'operatività dei principi costituzionali rispetto alle regole processuali<sup>1112</sup>. Il suggello della tesi garantista - e

---

<sup>1110</sup> Si veda, anche con riferimento alla corrispondente previsione dell'art. 183 comma 2° c.p.c. nel testo anteriore alla novella del '90, MARTINETTO, voce «Contraddittorio (principio del)», in *Novissimo Dig., App.*, Et, Torino, 1981, 604 ss.; FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinati*, Rimini, 1980-81/1981-82, 20 ss.; ID., *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 780 ss.; MONTESANO e ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile. Principi generali. Rito ordinario di cognizione*, Padova, 2001, 1, 187 ss.; RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2001, 153 ss.; TARZIA, *Lineamenti del diritto processuale civile di cognizione*, a cura di DANOVI, Milano, 2007, 145 ss.; ID., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008, 158 ss.; CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e del contraddittorio*, in *Foro, it.*, 1999, V, 1 ss., 8; COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*. I, Bologna, 2006, 77 ss.; CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, 71 ss.

<sup>1111</sup> GAMBA, *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 77.

<sup>1112</sup> D., *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

correlativamente, la massima espansione della sua portata - si sono avuti, secondo l'Autore, con la riforma dell'art. 111 Cost, con la quale “il contraddittorio sulle *quaestiones iuris*, e l'esigenza di prevenzione di qualsiasi “sentenza a sorpresa” o della “terza via” trovano nella nuova garanzia un autorevole e perentorio suggello”<sup>1113</sup>. In realtà, se la formulazione introdotta dalla modifica dell'art. 111 Cost., ha rafforzato il ruolo del contraddittorio nel contesto delle garanzie del processo, il nucleo delle prospettazioni proposte dalla tesi garantista è rimasto, sostanzialmente, invariato<sup>1114</sup>. Si è avuto, tuttavia, secondo i sostenitori di questa tesi, un rafforzamento a livello giuridico e deontologico - con il correlativo consolidamento del potere-dovere del giudice - dell'obbligo di provocare in via preventiva il contraddittorio fra le parti, in ordine ad ogni questione, di rito e di merito, di fatto o di diritto, pregiudiziale o preliminare, che sia dotata di incidenza decisoria<sup>1115</sup>. Infatti, nella prospettiva delle garanzie costituzionali del “giusto processo”, e dall'affermata inviolabilità del contraddittorio preventivo, sono derivate, secondo Comoglio, conseguenze di notevole risalto sistematico<sup>1116</sup>.

Quando, nel corso del procedimento, il giudice rileva in concreto una determinata “questione” avente rilevanza decisiva e che non sia proponibile dalle sole parti, ma sia altresì rilevabile d'ufficio, avviene un' introduzione nell'ambito del materiale decisivo di un nuovo oggetto, rispetto al quale le parti, fino a quel momento non hanno mai potuto o voluto trattare o discutere in contraddittorio tra di loro<sup>1117</sup>. All'atto del rilievo officioso (concettualmente distinto dall'atto di decidere quanto è stato rilevato), deve necessariamente accompagnarsi l'indicazione alle parti della questione rilevata, in modo tale che la stessa sia segnalata alla loro attenzione e sottoposta al loro vaglio dialettico<sup>1118</sup>. In altri termini, come sottolinea Comoglio, il giudice che rileva la questione, deve per ciò stesso indicarla alle parti che non l'abbiano precedentemente proposta e discussa: e ciò prima che su quella questione intervenga la decisione, in quanto “la sua preventiva 'trattazione' è da reputarsi sempre costituzionalmente “necessaria”<sup>1119</sup>.

---

<sup>1113</sup> COMOGLIO, *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, 71 ss..

<sup>1114</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c.*, cit., 77.

<sup>1115</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c.*, loc. cit.

<sup>1116</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c.*, loc. cit.

<sup>1117</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c.*, cit., 78.

<sup>1118</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c.*, loc. cit.

<sup>1119</sup> COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni*, cit, I, 77.

I corollari derivati da queste regole sono facilmente desumibili.

Il giudice, nell'ottica delle garanzie costituzionali, non può rilevare d'ufficio per la prima volta una questione avente incidenza decisoria nella fase di deliberazione (ossia, nel momento stesso in cui decide, art. 276 c.p.c.), ma deve preventivamente indicarla alle parti e permettere che avvenga la trattazione in contraddittorio, a costo di rimettere la causa in fase istruttoria (ex artt. 279, comma 1°, 280 c.p.c.)<sup>1120</sup>.

Inoltre, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 111 Cost., nella nuova formulazione, ha indotto a ritenere che il mancato esercizio all'udienza di trattazione del potere - previsto dall'art. 183 c.p.c. - di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio non possa restare senza conseguenze, dovendo il giudice, anche laddove sia giunto alla decisione, rimettere la causa sul ruolo al fine di provocare quel contraddittorio prima non avvenuto, e rimettere eventualmente in decisione. Il giudice è così investito di un dovere costituzionale di osservanza diretta del contraddittorio e di una responsabilità nella prevenzione delle decisioni "a sorpresa", erroneamente accettato mediante la fraintesa operatività del principio *iura novit curia*<sup>1121</sup>.

### 3. *Segue. Il contrasto tra Denti e Ferri.*

Sotto un diverso profilo, lo sviluppo della tesi "garantista", si è avuto in relazione all'oggetto dell'attuazione del contraddittorio. Coerente con la costruzione impostata sulla piena salvaguardia del diritto di difesa delle parti, l'elaborazione proposta da Denti si è caratterizzata per una interpretazione restrittiva del termine "questioni rilevabili d'ufficio" da sottoporre al contraddittorio delle parti<sup>1122</sup>. Secondo Denti, poiché la garanzia del contraddittorio riguarda tipicamente l'attività decisoria, l'iniziativa del giudice diviene rilevante non in quanto egli conosce, bensì in quanto egli e giudica una questione e la decide<sup>1123</sup>. Pertanto, le questioni rilevabili d'ufficio, rispetto alle quali si pone il problema della necessità della trattazione, sono quelle "pregiudiziali", ossia le questioni in

---

<sup>1120</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 78.

<sup>1121</sup> COMOGLIO, *Lezioni, cit.*, I, 78.

<sup>1122</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 79.

<sup>1123</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

senso tecnico idonee a definire la controversia<sup>1124</sup>. Del resto, sono le uniche questioni che il codice menziona in modo espresso, sia a proposito della possibilità di farle oggetto di autonoma pronuncia (art. 187, commi 2° e 3° c.p.c.; art. 279, nn. 1, 2 e 4 c.p.c.), sia a proposito dell'ordine che il giudice deve osservare nella deliberazione delle questioni (art. 276, 2° comma c.p.c.)<sup>1125</sup>. In aderenza al dato normativo, secondo Denti, è necessario che il giudice decida tali questioni pregiudiziali, esclusivamente quando siano state dibattute tra le parti.

L'interpretazione di Denti era dunque, da un lato, aderente al dato normativo, ma, da un altro lato, coerente con l'impostazione data dall'Autore della necessità dell'attuazione del contraddittorio: se è il diritto di difesa a dover essere garantito dall'indicazione del giudice alle parti, allora sarà esclusivamente la questione di carattere assorbente - quella cioè idonea a definire il giudizio - a porre il problema principale di una sentenza "a sorpresa"<sup>1126</sup>. Queste conclusioni, tuttavia, per cui l'obbligo del giudice, a pena di nullità della sentenza, di sottoporre al previo contraddittorio delle parti l'esercizio dei propri poteri decisorii, riguarderebbe soltanto il rilievo di questioni preliminari e pregiudiziali in senso tecnico, sono state oggetto di revisione, in senso estensivo, in un approfondito, e documentato studio condotto da Ferri. In contrasto con la restrizione interpretativa operata da Denti, secondo l'Autore, sono da dichiararsi nulle, in mancanza di una iniziativa volta a stimolare le parti all'esercizio del diritto di difesa, le sentenze che si fondano sul rilievo officioso di qualsiasi elemento di fatto e di diritto<sup>1127</sup>. Pertanto, secondo questa impostazione, è stata ritenuta nulla, la sentenza che abbia deciso, senza previo contraddittorio, una questione di giurisdizione o una questione di validità del contratto di cui l'attore invochi l'adempimento, la sentenza che abbia risolto la questione di fatto ricavando presunzioni dal comportamento processuale delle parti, ovvero abbia risolto la questione di diritto, mutando il *nomen iuris* e, di conseguenza, la disciplina applicabile alla fattispecie dedotta in giudizio, rispetto a quella invocata dall'attore"<sup>1128</sup>.

---

<sup>1124</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, loc. cit..

<sup>1125</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, loc. cit..

<sup>1126</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, loc. cit..

<sup>1127</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, cit., 80.

<sup>1128</sup> FERRI, *Contraddittorio e poteri*, cit., 50 ss., 54 ss., 64 ss.

Anche questi sviluppi sono coerenti con le premesse “garantiste”, nel senso che ampliano semplicemente il diritto di difesa, rispetto al materiale decisorio, estendendo il termine “questioni” ad ogni profilo che sia presente nel materiale acquisito al processo e che possa incidere sulla decisione della controversia<sup>1129</sup>. Secondo questa variante, la garanzia del contraddittorio non risulta attuata, se alle parti è assicurata una generica possibilità di difendersi in giudizio: essa sussiste invece se le parti sono poste in condizione di difendersi rispetto a tutto ciò che effettivamente costituisce fondamento di fatto e di diritto della decisione<sup>1130</sup>. Ciò che richiede che le parti conoscano preventivamente tutti gli elementi che il giudice intende porre alla base della decisione stessa<sup>1131</sup>.

#### *4. Le elaborazioni di Montesano.*

Secondo Montesano<sup>1132</sup>, dall’art. 111 Cost., come riformato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999 n.2, si desume chiaramente il divieto dei giudizi civili di “terza via”.

Dall’essenzialità della garanzia del contraddittorio e del principio di difesa (art. 24 Cost.) se ne deduce l’invalidità degli atti in contrasto con il loro scopo normativo e la conseguente invalidità del provvedimento conclusivo in quanto dipendente dall’atto invalido.

Con riferimento all’ambito di applicazione, a parere dell’Autore, la disciplina dell’art. 111 Cost. non è applicabile a tutti i processi civili; esso non opera nei processi in cui i provvedimenti finali, sacrificanti gli interessi di parte, possono essere rimossi o prevenuti instaurando un processo di cognizione normale, soggetto cioè, alla normativa del libro II del c.p.c., o comunque modellato fondamentalmente su questa, sia pure con “varianti”.

Così, ad esempio, la garanzia costituzionale del contraddittorio rimane comunque estranea, ai processi che si concludono con decreto ingiuntivo, con sentenza dichiarativa di fallimento, con decreto sull’attività antisindacale, cioè con

---

<sup>1129</sup> GAMBÀ, *L’ integrazione dell’ art. 101 c.p.c., cit.*, 80.

<sup>1130</sup> ID., *L’ integrazione dell’ art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1131</sup> ID., *L’ integrazione dell’ art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1132</sup> MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”*, *Riv. Dir. Proc.*, 2000, 929 ss..



provvedimenti variamente sommari, rimovibili con opposizioni; ai processi per la convalida di sfratto che può essere prevenuta o rimossa con l'opposizione dell'intimato; ai processi cautelari, in cui i provvedimenti finali perdono efficacia se chi li ha ottenuti non promuove tempestivamente il giudizio sul merito; ai processi esecutivi i cui provvedimenti sono soggetti alle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi; alla distribuzione operata dal giudice dell'esecuzione della somma ricavata dall'espropriazione forzata, che può essere prevenuta sollevando le controversie descritte nell'art. 512 c.p.c.

In realtà, va rilevato che, salvo il procedimento monitorio, in tutti gli altri casi il contraddittorio c'è, seppure in forme diverse da quelle previste nel processo ordinario.

Per quanto riguarda poi, il decreto ingiuntivo, il relativo procedimento non implica o presuppone un giudizio, ma soltanto la verifica di alcuni presupposti formali; il problema della garanzia del contraddittorio sarebbe limitato all'art. 642 comma 2° c.p.c. relativo alla concessione della provvisoria esecuzione in caso di "grave pregiudizio nel ritardo".

Con riferimento poi al contenuto del canone costituzionale del contraddittorio, precisa Montesano che la garanzia in questione, non elimina né attenua il principio fondamentale *iura novit curia*. Rimane il potere-dovere del giudice di individuare la norma applicabile in causa (art.113 c.p.c.), per cui il giudice non è vincolato alle impostazioni della causa "in diritto", ad opera delle parti.

Tale garanzia incide, invece, sui modi e sui tempi dell'esercizio del suddetto potere-dovere.

Al riguardo, si augura che, alla luce della riforma dell'art. 111 Cost., del 1999, la giurisprudenza modifichi il suo orientamento, incline a decidere le controversie applicando in totale libertà norme del tutto estranee al dibattito tra le parti. Se così non avverrà, la Corte Costituzionale dovrà intervenire in materia, con una sentenza interpretativa d'accoglimento, eliminando l'incostituzionalità.

Così pure, al fine di coniugare il principio della ragionevole durata del processo e la garanzia del contraddittorio, è necessario, secondo l'Autore, impedire al giudice di porre la questione della norma estranea, al precedente dibattito tra le parti o di recepire sollecitazioni di parte in tal senso al di là dell'udienza prevista dall'art. 184 c.p.c., cioè della fase processuale durante la quale sono inibite alle parti

richieste di nuovi mezzi di prova. Altra via sarebbe quella di consentire al giudice in ogni momento, anche in sede di decisione, il rilievo, officioso o su sollecitazione di parte, della nuova possibile impostazione giuridica della causa, applicando la normativa sulla rimessione in termini prevista dall'art 184 bis c.p.c. (adesso trasportata nell' art. 153 comma 2° c.p.c.), evitando il più possibile l'allungamento dei tempi procedurali. E' curioso notare come il legislatore abbia seguito, nella riforma dell'art. 183 c.p.c. del 2005, già vigente dunque il nuovo testo dell'art. 111 Cost., la prima prospettazione (facendo riferimento, però, all'udienza di trattazione o eventualmente a quella fissata per la conciliazione), senza, però, configurare come obbligo, il rilievo d'ufficio del giudice e non sanzionandone, perciò, in alcun modo, l'inosservanza. Nel 2009, invece, con la modifica dell'art.101 c.p.c., intervenuta con la legge n. 69/2009, il legislatore compie una virata verso la seconda prospettazione, introducendo espressamente la possibilità di rilievo officioso anche in fase decisoria e sanzionando con la nullità della sentenza l'omessa sollecitazione del contraddittorio.

Le tesi di Montesano, dunque, in qualche modo anticipano quelli che saranno i successivi interventi legislativi, pur non conducendo, necessariamente e in ogni caso, almeno secondo l'orientamento di parte della giurisprudenza e della dottrina, alla conseguenza prefigurata dall'Autore: l'invalidità della sentenza che implichi un'impostazione giuridica rimasta estranea al precedente dibattito tra le parti, con il conseguente potere del soccombente di far valere in appello tale invalidità (art. 161 c.p.c.).

Il giudice di secondo grado, se riterrà applicabile tale norma, dovrà consentire il contraddittorio impedito in primo grado, e dare così alle parti la possibilità di difendersi e proporre nuove prove.

La violazione di tale norma potrà essere motivo di cassazione "per nullità della sentenza".

Correlate sempre alla garanzia del contraddittorio sono pure riflessioni che l'Autore fa con riguardo ad altri istituti processuali. Rileva che, contro "terze vie" giudiziarie, nell'*iter* formativo dei giudizi di fatto, l'ordinamento prevede la tipicità degli strumenti istruttori predisposti in funzione assuntiva delle prove, che il giudice dispone su iniziativa delle parti o d'ufficio.

Le parti, infatti, conoscendo preventivamente i modi, i tempi e i contenuti di quell'assunzione, sono in grado di predisporre le proprie difese e di attuarle nella fase istruttoria.

Ove la prova fosse disposta d'ufficio, saranno assegnati congrui tempi alle parti per proporre i mezzi di prova ritenuti necessari, in relazione a quelli disposti d'ufficio dal giudice (ipotesi poi recepita dall'ordinamento, al comma 8° dell'art.183 c.p.c, come riformato dalla legge n.80 del 2005).

Secondo l' Autore, manca invece del tutto la garanzia del contraddittorio in alcuni strumenti formativi del convincimento giudiziario, che non sono rigorosamente strutturati dalla legge in funzione probatoria, ma possono fornire al giudice "argomenti di prova", quali le risposte rese in sede di interrogatorio libero e i comportamenti delle parti attivi ed omissivi. Così, ad esempio, nell'interrogatorio libero, la parte non sa quali domande le saranno rivolte dal giudice, né le è data la possibilità di sapere di quale risposta o rifiuto il giudice si servirà nella formazione del suo convincimento in fatto. Si impone, ad avviso di Montesano, dopo la riforma dell'art. 111 Cost., l'adeguamento ai canoni costituzionali degli strumenti suddetti. Non è possibile negare il problema facendo perno sulla distinzione tra prove e argomenti di prova, in quanto questi ultimi non sono mai sufficienti a formare una compiuta prova e, quindi, il convincimento del giudice, ma sono strumenti per valutare le "prove tipiche". Questa distinzione è di fatto ormai trascurata da molta giurisprudenza, per cui si è formato un "diritto vivente" sostanzialmente diverso dal diritto scritto, che equipara argomenti di prova e prove.

Ciò, secondo l'Autore, significa chiaramente che l'iter diretto alla produzione del giudizio di fatto si svolge in "terza via", non avendo le parti alcuno strumento per conoscere, prima che quel giudizio di fatto si esprima in sentenza, come nella mente del giudice si sia formato il convincimento.

Da qui l'esigenza, secondo Montesano, di un intervento adeguatore della legge alla Costituzione, che dovrebbe concretizzarsi in un vincolo per il giudice nelle stesse forme e termini per disporre prove le officiose. Il giudice dovrebbe comunicare alle parti gli argomenti di prova che ritiene rilevanti per la formazione dei propri convincimenti in fatto, assegnando alle stesse un termine perentorio per la deduzione di mezzi di prova necessari, in relazione a quegli argomenti.

La tesi è portata alla sua logica conseguenza, se viene considerata l'ottica garantista di Montesano: la sentenza di primo grado sarà invalida se non rispetta il contraddittorio delle parti, ove il suo giudizio di fatto sia determinato da quegli argomenti di prova, da soli o in decisivo concorso con le "prove tipiche".

Sezione III: La teoria sostanzialista (Chiarloni, Ricci, Consolo).

**Sommario:** **1.** Le elaborazioni di Chiarloni; **2.** Le elaborazioni di Ricci; **3.** Le elaborazioni di Consolo.

**1. Le elaborazioni di Chiarloni.**

In contrasto con la tesi precedente, si è espressa l'opinione secondo cui, pur dovendosi riconoscere l'obbligo del giudice di sottoporre al contraddittorio delle parti, le questioni rilevate d'ufficio, di per sé, il suo inadempimento non comporterebbe l'invalidità della sentenza, dal momento che questa deriverebbe semmai, dalla non corretta decisione della questione ad opera del giudice (con la possibilità in tal caso di ottenerne l'annullamento della sentenza astraendo dalla pretesa violazione del contraddittorio). Qualora infatti, la questione non dibattuta sia stata correttamente decisa, la prospettiva di consentirne l'annullamento per violazione del contraddittorio, appare criticabile in quanto costituirebbe indice di un atteggiamento formalistico nell'interpretazione delle garanzie costituzionali, che finirebbe per premiare gli intenti dilatori della parte che ha torto<sup>1133</sup>. In particolare, secondo Chiarloni, ideatore della tesi in esame e suo principale sostenitore, non è sufficiente che il giudice abbia rilevato d'ufficio una questione senza sottoporla al previo contraddittorio delle parti, ma occorre in più che la risoluzione della questione abbia determinato, grazie alle particolarità del caso concreto, l'apertura a sviluppi della lite fino a quel momento non considerati: con la conseguenza che si deve optare per la nullità della sentenza soltanto laddove il

---

<sup>1133</sup> CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e formalismo delle garanzie*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1987, 575 ss.

rilievo “a sorpresa” di una questione abbia effettivamente impedito alle parti l'esercizio del diritto di difesa<sup>1134</sup>.

La costruzione della tesi antiformalista ruota intorno alle connotazioni delle questioni rispetto alle quali si pone l'obbligo di attuazione del contraddittorio<sup>1135</sup>. A questo riguardo, si è osservato che le questioni rilevabili d'ufficio sono per eccellenza “pubbliche”, nel senso che, alla stregua del dato normativo, costituiscono “questioni”, quelle risolubili in base a nozioni giuridiche o fattuali, che fanno parte del patrimonio di conoscenze comuni al giudice e alle parti e, in particolare, ai rappresentanti tecnici di queste ultime<sup>1136</sup>. In quest'ottica, l'omissione del giudice di provocare il contraddittorio sulle questioni, non costituirebbe la vera causa del mancato contraddittorio, il quale si verificherebbe, per contro, in ragione di una omissione addebitabile principalmente ai difensori tecnici, i quali dimostrerebbero, di non aver profuso sufficiente cura ed attenzione ai contenuti dei materiali di causa ed ai profili di fatto e di diritto emersi nel corso del processo<sup>1137</sup>. Pertanto, l'inosservanza da parte del giudice, del dovere di stimolare il contraddittorio delle parti sulle questioni rilevabili d'ufficio, trattandosi di dovere inerente a profili che costituiscono patrimonio di comune conoscenza di tutti i soggetti del processo, coinvolge non già il principio del contraddittorio quanto piuttosto il dovere di collaborazione del giudice con le parti, al fine di garantire la leale condotta del processo e la giustizia del procedimento, dovere la cui violazione non determina la nullità della decisione<sup>1138</sup>. Sempre in relazione alla tesi garantista, Chiarloni ha rilevato un vizio di fondo, idoneo ad inficiarne alla radice le basi. In particolare, risulterebbe fuorviante la stessa impostazione del problema adottata da Denti e dagli Autori precedenti, i quali si sono chiesti se il dovere del giudice di stimolare il contraddittorio, costituisca un comando ovvero un consiglio e, quindi, se si tratti di dovere del giudice dalla cui violazione discende la nullità della decisione, ovvero di una mera facoltà, rimessa al potere discrezionale dell'organo giudicante<sup>1139</sup>. Proprio in

---

<sup>1134</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 81.

<sup>1135</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1136</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1137</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1138</sup> CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, cit.*, 577e ss., riprendendo le tesi di GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. Proc.*, 1966, 580 ss.

<sup>1139</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 82.

questa alternativa problematica, risiederebbe il vizio di origine della tesi garantista: in realtà, secondo Chiarloni, tra il costituire dovere del giudice, sanzionando con la nullità della sentenza la violazione che ne venga compiuta, e il riconoscere al giudice il potere di agire secondo la propria scelta discrezionale, *tertium datur*<sup>1140</sup>. La regola contenuta nell' art. 183 c.p.c. costituirebbe cioè un esempio di regola di organizzazione che disegna un dovere istituzionale del giudice senza prevedere automaticamente lo scattare di una sanzione per il caso di violazione di quello stesso dovere e, in ogni caso, senza prevedere la nullità diretta o derivata della sentenza<sup>1141</sup>.

La prospettiva delle impugnazioni della sentenza, avvalorerebbe la correttezza del rifiuto di classificare tra i motivi di nullità della sentenza, la mancata sottoposizione al contraddittorio delle questioni rilevabili d'ufficio<sup>1142</sup>. Quanto al giudizio d'appello, secondo Chiarloni, la censura relativa alla mancata attivazione del contraddittorio, “non può essere di alcuna utilità per il soccombente, qualora costui non abbia motivo di lamentare la sostanziale ingiustizia della sentenza impugnata. L'appellante non potrà, invero, ottenere in tal caso né la rimessione in primo grado, stante la tassatività delle ipotesi previste dagli art. 353 e 354 c.p.c., né la rinnovazione di atti ai sensi del combinato disposto degli artt. 354, comma 3°, e 336”<sup>1143</sup>.

Secondo Chiarloni, vi sarebbero elementi idonei a supportare la tesi sostanzialistica anche con riferimento al giudizio di Cassazione<sup>1144</sup>.

Vi sarebbe una sola eccezione, secondo l'Autore, per cui la mancata attuazione del contraddittorio potrebbe condurre alla nullità della sentenza<sup>1145</sup>. La situazione si verifica, allorché il rilievo “a sorpresa” di una questione ad opera del giudice, collochi la parte nella condizione di non poter apportare al processo ulteriori

---

<sup>1140</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1141</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1142</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1143</sup> Così CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit. 580, il quale rileva che se, paradossalmente, il soccombente lamentasse la violazione del contraddittorio e nel contempo riconoscesse la correttezza della soluzione data alla questione rilevata d'ufficio nella sentenza appellata, bisognerebbe concludere che ci si trova di fronte ad un caso di inammissibilità del gravame per mancanza di interesse: ciò che dimostrerebbe, secondo l'Autore, l'inesistenza di un autonomo rilievo della pretesa nullità nei rapporti tra il giudizio di primo grado e il giudizio di secondo grado

<sup>1144</sup> Si veda CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 582 ss.

<sup>1145</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 83.

elementi fattuali, capaci di condurre o ad una soluzione opposta di quella stessa questione, ovvero ad una sua valutazione di non rilevanza a causa di una diversa piega conferibile all' oggetto del processo, grazie alle modifiche consentite in sede di *emendatio libelli* nel giudizio di secondo grado<sup>1146</sup>. L'opzione per la nullità della sentenza -accolta solo in questa ipotesi- è tuttavia da ricondurre, non già alla violazione del contraddittorio in sé, quanto nell'eccezionale determinarsi di una situazione, per cui è stato impedito un ulteriore sviluppo del diritto di difesa delle parti che sarebbe stato consentito, in linea di principio, dall'ordinamento processuale<sup>1147</sup>.

## 2. Le elaborazioni di Ricci.

Sulla scia della posizione critica “radicale” espressa da Chiarloni, si è progressivamente affacciata in dottrina una tesi interpretativa che, in relazione al problema della sentenza di “terza via”, tende a ragionare in termini di “giustizia o ingiustizia della decisione” anziché in termini di validità/invalidità della sentenza<sup>1148</sup>. A questo riguardo, si è osservato che l'art. 183 c.p.c., sarebbe sì espressione del principio del contraddittorio, “ma sotto un profilo diverso da quello del suo significato di garanzia di difesa”, in quanto il contraddittorio “è anche lo strumento mediante il quale - attraverso la contrapposizione dialettica tra tesi diverse - si persegue il fine di una decisione fondata sulla più plausibile ricostruzione dei fatti e su una corretta diagnosi *in iure*; ed in tanto il contraddittorio adempie a tale funzione, in quanto le parti esercitino effettivamente la loro facoltà di interloquire. Avendosi di mira la giustizia della futura decisione, il contraddittorio come garanzia di difesa non basta più: occorre che le parti si avvalgano della loro facoltà; e proprio per questo la legge prevede che il giudice, prima di rassegnarsi ad affrontare e risolvere da solo la questione rilevabile d'ufficio, faccia il possibile per stimolare il dibattito”<sup>1149</sup>. Alla stregua di questa ricostruzione, che valorizza la portata conoscitiva del contraddittorio, la dottrina ritiene, tuttavia, che non necessariamente la sentenza resa in assenza di

---

<sup>1146</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1147</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1148</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1149</sup> RICCI, *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 760 ss.

contraddittorio su una questione rilevata d'ufficio sia inficiata da nullità<sup>1150</sup>. Qualora l'assenza di contrapposizione dialettica, abbia inficiato il procedimento decisorio, ed abbia condotto alla pronuncia di una decisione ingiusta, in quanto il giudice ha risolto in modo erroneo il punto non discusso, allora le parti hanno a disposizione i rimedi rappresentati dagli strumenti di impugnazione, con i quali è possibile far valere l'ingiustizia della decisione<sup>1151</sup>. Se invece il giudice, nonostante il difetto di contraddittorio su un elemento su cui si fonda la decisione, abbia comunque deciso correttamente, "ciò vuole dire che la mancanza di dibattito tra le parti non ha provocato alcuna conseguenza negativa e la sentenza merita di essere tenuta ferma"<sup>1152</sup>.

### *3. Le elaborazioni di Consolo<sup>1153</sup>.*

Sulla stessa linea di pensiero, Consolo<sup>1154</sup>, ha affermato che la violazione deontologica, se il giudice decide in base a questioni non previamente sottoposte alle parti, vi è sempre; la nullità processuale, invece, secondo i principi, ricorrerà spesso, tuttavia non sempre. In particolare, l'incidenza della questione rilevata d'ufficio senza il previo dibattito delle parti può variare da caso a caso<sup>1155</sup>. Solo quando la questione è di fatto o mista di fatto e di diritto, allora la parte soccombente (a prescindere dalla censura di erroneità della sua soluzione) potrà sostenere che la violazione del dovere di provocare il contraddittorio sulle questioni, le ha sottratto la facoltà di chiedere prove o ottenere una rimessione in termini<sup>1156</sup>. In questi sviluppi, la tesi sostanzialistica si differenzia dalle prime elaborazioni riconducibili a Chiarloni, per l'apertura verso una nuova valenza di carattere conoscitivo attribuita all'attuazione del contraddittorio; ciò che rimane costante nelle varie versioni della tesi sostanzialistica è l'indifferenza, in linea di

---

<sup>1150</sup> GAMBÀ, L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit., 84.

<sup>1151</sup> ID., L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit..

<sup>1152</sup> RICCI, La sentenza della terza via, cit., 760 e ss..

<sup>1153</sup> Per maggiori dettagli si veda il commento di Consolo alla sent. Cass. 20935/2009, retro parte III, cap 2, par. 13 e il commento alla sent. Cass. 21108/2005 parte III, cap. 3, sez. 2, par. 4.

<sup>1154</sup> CONSOLO, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni conseguenze*, in *Corr. Giur.*, 2006, 508 ss.

<sup>1155</sup> GAMBÀ, L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit., 84.

<sup>1156</sup> CONSOLO, *Questioni rilevabili d'ufficio*, 508 e ss., il quale si riporta, per alcuni profili, alle prospettazioni di Chiarloni.



regola generale, verso l'attuazione del contraddittorio in assenza di dimostrazione, ad opera della parte interessata, della effettiva perdita di possibilità difensive a seguito della decisione solipsistica da parte del giudice<sup>1157</sup>.

#### Sezione IV: La teoria intermedia<sup>1158</sup> (Luiso).

##### *1. Le elaborazioni di Luiso.*

Vi è infine una tesi intermedia, che condivide aspetti di entrambe le posizioni contrapposte analizzate, combinandoli insieme. Questa posizione, da un lato, riprende la valorizzazione del contraddittorio, non solo come strumento di difesa, ma altresì come strumento epistemico, ossia come mezzo per addivenire ad una più corretta ricostruzione del fatto, nonché ad un più proficuo inquadramento giuridico della controversia<sup>1159</sup>. Rientrano nella tesi intermedia le prospettazioni di quanti hanno sottolineato che una sentenza non può dirsi giusta ove sia stato violato un principio fondamentale del processo quale quello del contraddittorio, e ciò nell'accezione del termine “giusta”, più ristretto, esclusivamente riferita alla decisione nel merito della controversia. Ciò in quanto il principio del contraddittorio, inteso nella sua accezione più pregnante, costituirebbe l'espressione di una scelta del nostro sistema processuale nel senso di “un accertamento dialettico della verità”<sup>1160</sup>, cui consegue l'ingiustizia (anche nel merito) di una sentenza il cui metodo di accertamento della verità non sia stato, per l'appunto, quello “dialettico” ma quello “solipsistico”, il quale non avrebbe bisogno del contraddittorio delle parti per emanare una decisione comunque “giusta”<sup>1161</sup>.

La distanza rispetto alla tesi sostanzialista è stata articolata sotto forma di una duplice obiezione.

---

<sup>1157</sup> GAMBA, L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit., 84.

<sup>1158</sup> Così definita da GAMBA, in GAMBA, L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit., 85.

<sup>1159</sup> ID., L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit..

<sup>1160</sup> COMOGLIO, «Terza via» e processo «giusto», in Riv. dir. proc., 2006, 755 ss., 760.

<sup>1161</sup> Al riguardo, sono significative le considerazioni di CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit., 1 ss., 7, la quale richiama il pensiero di Chiovenda.

È oggetto di contestazione l'idea, sostenuta dalle tesi antiformalistiche, secondo la quale, la questione rilevabile d'ufficio appartarrebbe al materiale di causa e sarebbe, dunque, potenzialmente conoscibile dalle parti: al riguardo è stato obiettato, che la tesi si fonda su una nozione eccessivamente ristretta di questione rilevabile d'ufficio. Ciò è tanto più vero, se si considera che ogni questione, a partire da quella attinente all'interpretazione e all'applicazione della regola di diritto al caso, ha spesso un contenuto complesso e pregnante, dal quale possono derivare elementi di fatto e di diritto per la decisione<sup>1162</sup>. In ragione di ciò, è normale che il rilievo officioso stimoli, non solo l'allegazione di ulteriori fatti, resi rilevanti da una nuova costruzione della fattispecie, ma anche la proposizione di domande nuove, sia nei confronti della parte che nei confronti dei terzi. Quanto alle questioni inerenti la costruzione del caso, il rilievo officioso, potrebbe porre rimedio al fenomeno dei fatti avventizi, cioè quei fatti acquisiti al processo, che le parti non hanno ritenuto di invocare<sup>1163</sup>. Da tali prospettazioni si comprende come "il principio del contraddittorio ha significato [...] anche perché costituisce una esplicazione del postulato (retto da comune esperienza), che una questione discussa è decisa meglio di una questione solitariamente affrontata. Solo affermando che il giudice sia in grado di decidere ugualmente bene sia nell'uno che nell'altro caso si potrebbero minimizzare le conseguenze negative della decisione non supportata dal contraddittorio: ma allora tanto varrebbe riscrivere gli artt. 24 e 111 Cost"<sup>1164</sup>.

Sotto il profilo degli effetti derivanti dalla violazione del contraddittorio da parte del giudice che abbia deciso una questione solitariamente, la posizione in esame costituisce una variante della tesi garantista<sup>1165</sup>. Alla stregua di questa posizione si verifica, in ogni caso, una nullità della sentenza, e ciò non è contraddetto dal fatto che il giudizio di impugnazione possa porre rimedio alla eventuale ingiustizia della sentenza stessa: come rileva Luiso, che alla nullità della sentenza, derivante dalla violazione del principio del contraddittorio, si possa talvolta porre rimedio in sede di impugnazione è conseguenza ovvia, che non contraddice affatto la qualificazione

---

<sup>1162</sup> GAMBA, L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit., 85.

<sup>1163</sup> Per approfondimenti sui fatti avventizi: *Retro*, parte 2, cap 1.

<sup>1164</sup> LUISO *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza rivoluzionaria?* in *Giust. civ.*, 2002, 1612 ss.

<sup>1165</sup> GAMBA, L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit., 86.

della sentenza come nulla; anzi, tale qualificazione costituisce il presupposto necessario, proprio per il recupero, in sede di impugnazione, di ciò che non è stato fatto nella precedente fase<sup>1166</sup>. La struttura del giudizio di impugnazione viene richiamata a conferma della costruzione proposta. Se è vero che, nel giudizio d'appello la parte non può limitarsi a censurare la violazione del contraddittorio, ma deve altresì indicare concretamente gli elementi di cui si sarebbe servita se il giudice l'avesse posta in condizione di proporre le difese, in contrapposizione dialettica con la controparte, dipende dalla cognizione del giudice dell'impugnazione<sup>1167</sup>. Basta considerare che l'appello è mezzo sostitutivo: la parte deve anche proporre le eccezioni di merito, ma la nullità della sentenza impugnata determina l'applicazione dell'art. 354, ult. comma c.p.c.: pertanto, il giudice e le parti devono fare tutto quello che avrebbe fatto il giudice di primo grado, senza che ciò richieda l'applicazione dell'art. 345 c.p.c., né l'utilizzazione dell'istituto della rimessione in termini<sup>1168</sup>.

#### CAPITOLO 5) LINEE GUIDA PER UNA ELABORAZIONE INTERPRETATIVA ALTERNATIVA: IL MODELLO STRUMENTALE DI GIUSTIZIA PROCEDURALE<sup>1169</sup>.

---

<sup>1166</sup> LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio*, cit., 1614 e ss..

<sup>1167</sup> Come analizzato nel cap. 2, par. 9, parte terza, la teoria intermedia è a favore della nullità, in ogni caso della sentenza di “terza via”, e la necessità di indicare al giudice di appello, gli elementi che la parte non ha potuto addurre in primo grado, a causa della violazione del contraddittorio, è legata non tanto a supportare il motivo di impugnazione, quanto per esigenze di cognizione del giudice di appello, dato che proprio all'interno di tale giudizio, la parte dovrà proporre le difese di cui si sarebbe servita, se il giudice in primo grado gli avesse concesso questa possibilità.

<sup>1168</sup> GAMBA, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, cit., 87.

<sup>1169</sup> Il modello strumentale di giustizia procedurale (ricavato da elaborazioni di teorie della giustizia proposte da alcuni autori internazionali di spicco di filosofia politica e del diritto quali ROHL, SOLUM, RAWLS) viene proposto per l'individuazione di linee guida per l'elaborazione di un'interpretazione sistematica sufficientemente strutturata per il conseguimento di una decisione sostanzialmente “giusta” (in ossequio alla disciplina dell'art. 111 Cost.) e nel contempo adeguatamente soddisfacente per le esigenze di attuazione del contraddittorio delle parti sulla dibattuta tematica delle questioni rilevate d'ufficio, in base all'indagine motivatamente condotta da GAMBA, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la “scommessa aperta” dell'ordinamento processuale*, in TARUFFO (a cura di), *Il processo civile riformato*, Torino, 2010, 98 e ss.. Per approfondimenti: ROHL, *Procedural Justice*, 1997; SOLUM, *Procedural Justice*, University of San Diego, 2004.

**Sommario:** *1. Valutazioni critiche riguardo la teoria garantista e sostanzialista; 2. Il modello di giustizia procedurale strumentale come elaborazione interpretativa alternativa; 3. La complementarietà strutturale tra l'esercizio del diritto di difesa e l'esercizio dei poteri decisori, nel quadro dell'attuazione del contraddittorio; 4. L'attribuzione al giudice del ruolo di parte attiva rispetto all'attuazione del contraddittorio e la strumentalità del contraddittorio rispetto alla corretta costruzione delle premesse della decisione; 5. I livelli di attuazione della garanzia del contraddittorio; 6. La sanzione di nullità secondo il modello strumentale di giustizia procedurale.*

*1. Valutazioni critiche riguardo la teoria garantista e sostanzialista.*

Oltre alle concrete soluzioni ermeneutiche adottate da giurisprudenza e dottrina per individuare la portata della regola che risolve la questione delle sentenze di “terza via”, è possibile individuare delle linee-guida utilizzabili per l'interpretazione sistematica della nuova disposizione normativa.

Il punto di partenza generale - nel quale è possibile iscrivere il dibattito emerso in dottrina e giurisprudenza sul tema delle sentenze a sorpresa - è, quello della giustizia del processo nella realtà della funzione giurisdizionale, cioè quali debbano essere le regole di attuazione del contraddittorio (ad opera del giudice sulle questioni destinate a costituire fondamento della decisione) nel contesto di un procedimento che possa definirsi giusto, e nel corso del quale si mettono a punto i presupposti per addivenire alla decisione, esito finale del procedimento stesso.

Prendendo le mosse dalla “giustizia del processo” sancita dall'art. 111 Cost. e utilizzando tale nozione come parametro generale per confrontare le differenti costruzioni interpretative esaminate, è possibile osservare che le posizioni attorno alle quali si è raccolta la dottrina prevalente, richiamandosi, le une, al “giusto procedimento in contraddittorio” e, le altre, alla “sentenza giusta”, lasciano intravedere diverse distinte concezioni dell'idea di giustizia, a cui ciascuna di esse è sottesa<sup>1170</sup>. Sia pur con tutte le cautele necessarie, si può affermare che sia la

---

<sup>1170</sup> In particolare, la contrapposizione tra le differenti tesi, si presta ad essere osservata nel quadro delle teorie sulla giustizia procedurale, ossia di quel complesso di teorie di stampo

teoria garantista, sia la teoria sostanzialista, fondate su due contrapposti modelli ermeneutici, sono suscettibili di varie critiche e sono insufficienti, nella loro assolutezza, ad esaurire le problematiche più complesse connesse con il problema delle sentenze della “terza via”<sup>1171</sup>.

Quanto alla tesi interpretativa c.d. “garantista”, che pone l'accento sulla violazione del contraddittorio in sé, quale elemento processuale idoneo ad inficiare la validità della sentenza, sembra presupporre una concezione eminentemente procedurale dell'idea di giustizia, laddove si intende evidenziare, la caratterizzazione concettuale che ad essa deriva dall'essere imperniata su alcuni principi di giustizia formale, il cui rispetto appare essere l'unico requisito (necessario e sufficiente) per poter addivenire ad una corretta decisione<sup>1172</sup>. Tale modello interpretativo, infatti, assume che non sia possibile addivenire ad un provvedimento giusto se non attraverso - ed esclusivamente attraverso - un procedimento che garantisca la piena e tendenzialmente incondizionata partecipazione delle parti del processo, intesa tanto come diritto di difesa delle posizioni soggettive ad opera delle parti, quanto come canone oggettivo (garanzia della difesa) di esercizio della funzione giurisdizionale<sup>1173</sup>. Trasponendo il modello nel contesto giuridico processuale, non

---

filosofico-politico che hanno analizzato i parametri di giustizia di una procedura, ed hanno altresì considerato i rapporti intercorrenti tra la giustizia di una procedura e la giustizia del suo risultato, OTTONELLI, *Giustizia procedurale*, in *Ragion pratica*, 1996, 99 ss.; VECA, *La bellezza e gli oppressi. Dieci lezioni sull'idea di giustizia*, Milano 2002, 49 ss.; ROHL *Procedural Justice: Introduction and Overview*, in ROHL e MACHURA (a cura di), *Procedural justice*, Singapore-Sydney, 1997, 1 ss.; CEVA, *Giustizia e conflitti di valori. Una proposta procedurale*, Milano, 2008, in part. 55 ss.

<sup>1171</sup> GAMBA, *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 100 e ss..

<sup>1172</sup> ID, *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, loc. cit..

<sup>1173</sup> Per meglio inquadrare il discorso è utile rifarsi alla tripartizione introdotta da Rawls, il quale ha messo a punto alcuni modelli generali di giustizia procedurale. Sotto questo profilo, le tesi garantiste sono ascrivibili ad una concezione di giustizia procedurale c.d. “pura”, rispetto alla quale non si dispone di un criterio indipendente *ex ante* per giudicare l'equità di un esito, fatta eccezione per la correttezza nell'applicazione della procedura stessa. In questo modello, il riferimento alle procedure è peculiare: esse acquisiscono cioè una funzione centrale nella concezione della giustizia, in quanto nessuna condizione viene posta circa l'attendibilità dell'esito di una procedura giusta, fatta eccezione per la correttezza della sua applicazione. Sul proceduralismo puro si veda RAWLS, *A theory of Justice*, Cambridge, Ma, 1971 trad. it. (dell'edizione originale riveduta dall'Autore), *Una teoria della giustizia*, trad. it, a cura di Santini e Maffettone, Milano, 2008, 96 ss.; per una discussione sulla giustizia procedurale, VECA, *La bellezza e gli oppressi*, cit., 35 ss. Si parla di giustizia procedurale pura, quando non esiste un criterio indipendente, stabilito *ex ante*, per definire la giustizia di un risultato, esiste invece una procedura equa o corretta tale da dare un risultato similmente equo o corretto, *qualunque esso sia*, e condizione di seguire appropriatamente la procedura. La giustizia del risultato e in questo caso un criterio ricavabile *ex post* grazie all'applicazione corretta della procedura. Come esempio Rawls porta i risultati derivanti da una lotteria, per cui qualunque sia il risultato cui si pervenga a

esiste un risultato giusto prima e fuori dal procedimento, ma si può addivenire ad esso proprio attraverso un giusto procedimento in contraddittorio, unico elemento nel quale riposano le condizioni di giustizia dell'attività giurisdizionale<sup>1174</sup>.

In particolare, poiché la giustizia è conflitto e contrapposizione dialettica, le regole del contraddittorio dovrebbero essere connaturali ad essa<sup>1175</sup>; in altri termini, nel confronto dialettico è stato ravvisato l'indefettibile nucleo dell'idea di "giustizia procedurale minima"<sup>1176</sup> e la conflittualità degli interessi alla base dell'intervento giurisdizionale trova la sua espressione fisiologica nella strutturazione in forma dialettica del processo.

In questa prospettiva, la decisione di "terza via" è, in sé, un qualcosa di deprecabile in quanto conduce ad una violazione delle regole o principi di carattere procedurale, rappresentati dal principio del contraddittorio e dal diritto di difesa costituzionalmente garantiti, elementi di struttura imprescindibili per un procedimento che possa dirsi corretto in sé, indipendentemente dal risultato che da esso scaturisce<sup>1177</sup>.

---

seguito del corretto espletamento della procedura, esso deve essere considerato giusto, indipendentemente da ogni valutazione relativa a criteri sostanziali di giustizia riferiti al risultato. Questa diversa prospettazione della giustizia, nella misura in cui presuppone che sia sempre la procedura che "avvalora" il risultato e non il contrario, è stata valorizzata in alcune concezioni contemporanee dell'idea di giustizia, le quali hanno tentato di conciliare la fondazione razionale dell'etica con il "fatto" del pluralismo. Segnatamente, essa pare costituire l'ideale complemento di quelle teorie morali che appaiono accomunate dal convincimento che l'unica possibilità razionale ed universale di fondazione etica nei regimi pluralistici contemporanei, risiede nel considerare i giudizi di valore come il prodotto di un discorso morale basato su alcuni principi di giustizia: in questa prospettiva si veda CEVA, *Giustizia e conflitti di valori*, cit, 75 ss,

<sup>1174</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 100 e ss..

<sup>1175</sup> HAMPSHIRE, *Non c'è giustizia senza conflitto*, trad. it. Di Bettini, Milano, 2001, in part, 13 ss., ID., *Justice is conflict*, 2000, Princeton, 2001

<sup>1176</sup> VECA, *Sull'idea di giustizia procedurale minima*, in *Riv. di fil.*, 2001, 231.

<sup>1177</sup> Questo modo di leggere il problema delle sentenze "a sorpresa" è ricollegabile ad una delle due differenti letture della nozione di "giusto processo" emerse nella vasta elaborazione dottrinale che si è occupata del dettato costituzionale di cui all'art. 111 Cost.. Senza pretesa di completezza, si vedano CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2008, 129 ss.; i saggi raccolti nel volume *Giusto processo?*, a cura di GUARNIERI e ZANNOTTI, Padova, 2006, *passim*; LP COMOGLIO, *E e tecnica del «giusto processo»*, cit.; i contributi contenuti nel volume *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo»*, a cura di CAPPONI e V. VERDE, Napoli, 2002; BOVE, *Art. 111 Così, e «giusto processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 482ss.; MONTELEONE, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Giust. civ.*, 2001, 523 ss.; CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 453 ss.; da ultimo, TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Bari, 2009, 116 ss..

Secondo una prima tesi interpretativa, il processo è giusto se e in quanto è corretto il procedimento in cui si articola. In questo senso, la piena e completa attuazione di tutte le

La teoria garantista, pur presentando un notevole grado di coerenza argomentativa, rischia di cadere nel circolo vizioso che consiste nel considerare *a priori* come giusta, qualunque decisione che derivi da un processo che si considera “proceduralmente giusto” (nel senso della *procedural justice*<sup>1178</sup>) solo perché in esso si applicano le garanzie processuali delle parti. In questo senso, le interpretazioni in esame difficilmente riescono a superare l'obiezione per cui un processo “garantistico”, in cui le parti hanno potuto svolgere adeguatamente tutte le loro difese, può ben produrre decisioni sostanzialmente ingiuste, come invece accade costantemente, perché il giudice sbaglia nell'interpretare o applicare la legge o perché si verificano errori nell'accertamento dei fatti, o per una varietà di altre ragioni<sup>1179</sup>.

Per quanto riguarda la teoria sostanzialista, muta profondamente la prospettiva, attribuendo assoluta preminenza ai connotati di giustizia della decisione. In questo caso, il tratto qualificante dell'idea di giustizia, è rappresentato dall'assenza di principi di giustizia procedurale e dal convincimento che la qualità di un procedimento dipenda esclusivamente dalla bontà del suo risultato<sup>1180</sup>. Il paradigma in questione, infatti, assume che esista una equa soluzione della controversia che, nel caso concreto, può essere considerata “giusta” e che sia compito dell'amministrazione della giustizia arrivare ad adottarla. In questa prospettiva, le condizioni di giustizia dell'agire del giudice riposano, eminentemente, nel suo risultato finale<sup>1181</sup>.

---

garanzie processuali fondamentali - ed in particolare quelle che riguardano i diritti ed i poteri delle parti - sono la condizione necessaria e sufficiente per la realizzazione di un processo che sia giusto. In altri termini, i criteri di giustizia collimano sostanzialmente con le garanzie fondamentali del processo, messe a punto dalla lunga opera di costruzione della dottrina che ha preceduto la riforma costituzionale. La modifica dell'art. 111 Cost. si risolve quindi nella formalizzazione di principi già elaborati e in larga misura già applicati: principi che attengono eminentemente alla struttura ed alle caratteristiche del procedimento e non già alla natura e alla qualità della decisione.

<sup>1178</sup> Come è noto, con questa espressione si indicano numerosi studi, essenzialmente di carattere psicologico ma orientati a proporre modelli di “giustizia procedurale”, concentrati sull'analisi delle condizioni in presenza delle quali un processo viene percepito come “giusto”, ma caratterizzati dalla sistematica disattenzione nei confronti del contenuto e della qualità delle decisioni alle quali il processo mette capo. Al riguardo cfr. i saggi raccolti nei volumi LIND e TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York, 1988; ROHL e MACHURA (a cura di), *Procedural Justice*, cit..

<sup>1179</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 100 e ss..

<sup>1180</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1181</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

Questa linea interpretativa valorizza le caratteristiche qualitative della decisione, ma lo fa in modo riduttivo, svalutando completamente il rapporto tra il procedimento e il risultato che dallo stesso scaturisce. La correttezza della decisione prevale in ogni caso sulla pienezza dell'attuazione del contraddittorio, quasi come se l'attuazione piena del contraddittorio o la sua mancanza possano essere elementi sostanzialmente irrilevanti ai fini della decisione<sup>1182</sup>.

Probabilmente entrambe le teorie, propongono livelli corretti ma parziali di lettura del problema e mettono in evidenza profili che forse dovrebbero essere fusi e compenetrati perché si possa comporre un quadro più completo. Affermare che il punto focale del problema delle sentenze della “terza via”, risieda esclusivamente nel vizio di procedura, ovvero, al contrario, nella correttezza della decisione trascura, infatti, il livello di impostazione del problema che cerca di instaurare un rapporto, una connessione tra gli elementi processuali e i risultati che dal processo scaturiscono. In questo senso, la decisione “a sorpresa”, in quanto viola il diritto di difesa, compromettendo il contraddittorio tra le parti, è una decisione non soltanto scorretta sotto il profilo dei principi fondamentali e delle regole che informano l'ordinamento processuale, ma è altresì “potenzialmente” scorretta e ingiusta sotto il profilo del suo contenuto sostanziale, valutato secondo parametri qualitativi<sup>1183</sup>.

Infine, entrambe le posizioni teoriche in esame, nonostante i divergenti punti di partenza, presentano un profilo comune rispetto al quale è possibile prospettare un ulteriore ordine di critiche. Considerando il modo con il quale l'elaborazione tradizionale ha affrontato il problema delle decisioni “a sorpresa”, emerge chiaramente una netta contrapposizione, tra l'attuazione del contraddittorio come mezzo per assicurare alle parti, la piena esplicazione del diritto di difesa, e il potere decisorio del giudice di rilevare d'ufficio questioni sulla base delle quali articolare la decisione. In altri termini, la dottrina e la giurisprudenza sembrano aver costantemente considerato, in modo più o meno esplicito, come elementi confliggenti la difesa delle parti e il potere decisorio del giudice in tutte le sue articolazioni, nel senso che l'ampiezza dell'una, comporta necessariamente la limitazione dell'altro e viceversa<sup>1184</sup>. Questo modo di pensare ha pervaso

---

<sup>1182</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1183</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1184</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*



completamente il dibattito sulle decisioni “a sorpresa”, nel quale si rinviene -come tratto comune- l'idea secondo la quale l'attuazione del contraddittorio sulle questioni costituisca una delimitazione dei poteri del giudice a vantaggio del diritto delle parti di difendersi con pienezza sulle questioni stesse. Se in linea di principio è vero che il diritto di difesa e l'esercizio del potere decisorio possono entrare in conflitto ed essere contrapposti l'uno all'altro, è altrettanto vero che il paradigma della contrapposizione, radicato nell'elaborazione tradizionale, sembra non riuscire a cogliere con completezza le varie sfaccettature del problema delle sentenze “a sorpresa”, rispetto al quale, sembra essere più confacente un'ottica di complementarietà e compenetrazione dei diritti e dei poteri che fanno capo, rispettivamente, alle parti e al giudice<sup>1185</sup>. A questo riguardo, alcuni spunti interessanti sembrano emergere dalla tesi intermedia espressa da Luiso, anche se essa non appare, allo stato, sufficientemente enucleata nelle sue premesse per poter fornire delle concrete risposte interpretative<sup>1186</sup>.

## *2. Il modello di giustizia procedurale strumentale come elaborazione interpretativa alternativa.*

Volendo individuare un modello alternativo di giustizia che possa costituire la cornice nella quale tentare di reimpostare la questione delle sentenze “a sorpresa”, può forse essere utile prendere le mosse dai profili, riscontrati nelle tesi interpretative contrapposte, che appaiono condivisibili. La concezione “garantista” coglie nel segno, laddove mette in evidenza che le garanzie costituzionali del processo, tra cui il contraddittorio, costituiscono un meccanismo di protezione non comprimibile. In questo senso, la presenza delle garanzie, oggetto di espressa previsione costituzionale, è necessaria in sé, in quanto vale da sola ad assicurare una tutela particolarmente forte a determinate posizioni soggettive di fondamentale importanza, la cui protezione assicura un livello minimo e irrinunciabile di correttezza del processo. È questo, del resto, il significato che la dottrina attribuisce tradizionalmente alle garanzie costituzionali: come è stato giustamente rilevato, “dovunque ricorre genericamente un fenomeno di garanzia,

---

<sup>1185</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1186</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

si riscontra la presenza di un congegno o meccanismo preordinato alla tutela di un interesse, di cui si avverte la precarietà e l'insicurezza, di fronte al pericolo ch'esso sia compromesso da attività o eventi avversi"<sup>1187</sup>. Su questa linea, un procedimento giurisdizionale, per poter essere tale, deve integrare alcune caratteristiche strutturali indispensabili, che valgono a conferire allo stesso un determinato livello qualitativo incompressibile. Il limite di questa impostazione, è quello di arrestarsi alle connotazioni della procedura senza andare oltre, affermando che la presenza di garanzie e di regole di correttezza del procedimento sia condizione non solo necessaria, ma anche sufficiente per la giustizia del processo<sup>1188</sup>.

Viceversa, la teoria sostanzialista ha il pregio di guardare alle caratteristiche qualitative della decisione, le quali vengono poste in primo piano nelle argomentazioni relative ai problemi di attuazione del contraddittorio: ciò che rileva, nel contesto delle costruzioni dottrinali che aderiscono a questo orientamento interpretativo, è la correttezza della decisione, elemento che trascende, l' indebita compressione delle garanzie della difesa e della contrapposizione dialettica tra le parti<sup>1189</sup>. Tuttavia però, è proprio la sostanziale irrilevanza del contraddittorio, rispetto alla qualità della decisione a costituire il punto debole di questa costruzione, nella quale dare attuazione alle garanzie e non attuarle sembra possa essere un elemento indifferente, allorché rimanga ferma la giustizia della decisione finale<sup>1190</sup>.

Dunque è necessario trovare una soluzione che possa coniugare i pregi delle tesi analizzate, colmando per quanto possibile i limiti che in esse si rilevano. A questo riguardo, il modello ermeneutico che sembra cogliere il cuore del problema, sopperendo ai limiti delle concezioni garantista e sostanzialista, e integrandole, sarebbe il modello strumentale di giustizia, procedurale, il quale, si presta in modo particolare ad essere applicato allo studio degli istituti del diritto processuale, in quanto mette in primo piano i caratteri del procedimento e, al contempo, i risultati che dal procedimento scaturiscono, creando una correlazione tra gli uni e gli altri<sup>1191</sup>. Fornisce dunque un quadro più completo perchè guarda sia agli elementi

---

<sup>1187</sup> GALEOTTI, voce «Garanzia costituzionale», in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, 492 ss..

<sup>1188</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 107 e ss..

<sup>1189</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1190</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1191</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

della procedura, sia intese come condizioni necessarie di regolarità del procedimento (le garanzie di difesa, di contraddittorio e le regole ordinarie che ne costituiscono attuazione), sia come strumenti per il raggiungimento di determinati fini, individuabili a prescindere dal mezzo con il quale sono raggiunti<sup>1192</sup>.

In una concezione procedurale strumentale, dunque, il potere legittimante delle procedure deriva dal fatto che esse sono, al contempo, incompressibili requisiti di un procedimento corretto, ed elementi specificatamente adatti per giungere a decisioni sostanzialmente “giuste”<sup>1193</sup>.

Al fine di cogliere le connotazioni principali del modello strumentale proposto, può essere utile, riferirsi alla tripartizione introdotta da Rawls, il quale ha delineato, accanto al modello procedurale puro, i modelli procedurali perfetto e imperfetto<sup>1194</sup>.

Probabilmente una concezione puramente strumentale della giustizia procedurale non è applicabile al processo civile, a causa di margini irriducibili di errore, e di fattori imprescindibili determinati da tempo e costi. Sarà dunque necessaria l'applicazione di un modello imperfetto, strumentale, di giustizia procedurale secondo cui potrà dirsi “giusto”, quel processo che, in un tempo ragionevole e con un buon margine di approssimazione, garantisca un procedimento corretto, un accertamento veritiero dei fatti e la corretta applicazione della legge, è molto più consono alla struttura processuale. Decisioni ingiuste saranno dunque accettabili solo se dovute ai limiti intrinseci della procedura<sup>1195</sup>.

Proprio per attenuare le possibilità di errore<sup>1196</sup>, e rafforzare la garanzia ad una giusta decisione, insita nel concetto stesso di giusto processo, la Costituzione prevede dei meccanismi di protezione contro le possibili distorsioni in agguato nel processo stesso. Si tratta delle garanzie, previste dall'art. 111 Cost., ad un giudice terzo ed imparziale ed al contraddittorio fra le parti in condizioni di parità:

---

<sup>1192</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1193</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1194</sup> La teoria garantista è ascrivibile ad una concezione di giustizia procedurale pura, rispetto alla quale non si dispone di un criterio indipendente *ex ante* per giudicare l' equità di un esito, fatta eccezione per la correttezza nell' applicazione della decisione stessa. Nel contesto giuridico non esiste un risultato giusto prima e fuori dal processo, ma si può addivenire ad esso proprio attraverso un “giusto processo” in contraddittorio, RAWLS, *A theory of Justice*, Cambridge, Ma, 1971, trad. it. *Una teoria della giustizia*, a cura di SANTINI e MAFFETTONE, Milano, 2008, 96 e ss.

<sup>1195</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1196</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford 1996, 68.

prospettiva dalla quale sembra emergere una concezione delle garanzie processuali come presidi insopprimibili di correttezza del procedimento, nonché come strumenti per il raggiungimento dell'obiettivo di una “giusta decisione”<sup>1197</sup>. In questo senso, il modello procedurale strumentale è da accogliere in quanto meglio corrisponde alla architettura complessiva del sistema delle garanzie, nel quadro delle tesi interpretative che si ritengono maggiormente in linea con il dettato costituzionale<sup>1198</sup>. Nella vasta letteratura emersa in relazione al “giusto processo”, è preferibile la prospettiva nella quale il parametro generale del “giusto processo”, viene messo in diretta correlazione, non soltanto con il processo che assicuri l'attuazione delle garanzie, ma anche con il processo che permetta di addivenire a decisioni che siano giuste<sup>1199</sup>. In questo senso, il processo è giusto se conduce, nel rispetto delle garanzie fondamentali, alla produzione di decisioni conformi ai canoni di giustizia<sup>1200</sup>. L'argomentazione su cui si basa questa interpretazione, rileva che difficilmente si può considerare “giusto” un processo che sia orientato a produrre decisioni ingiuste, ovvero nel quale sia irrilevante l'eventualità che la decisione sia ingiusta. La correttezza e la giustizia del

<sup>1197</sup> GAMBA, *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 107 e ss..

<sup>1198</sup> ID., *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1199</sup> ID., *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1200</sup> La correlazione tra il giusto processo ex art. 111 Cost. e la giusta decisione, lungi dall'essere trattata in modo unitario, si profila come una questione problematica e ricca di implicazioni che rende non possibile tracciare in questa sede un esaustivo inquadramento: da ultimo, si vedano: TARUFFO, *La semplice verità*, cit., spec. 99 ss.; 116 ss.; 122 ss.; 196 ss.; per un diverso punto di vista sullo stesso tema, si confronti CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un recente libro di Michele Taruffo)*, in *Riv. Dir. proc.*, 2010, 1 ss. Spunti nel senso di cui al testo anche in CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali*, cit, 144 ss., ove si afferma che «il processo è giusto nella misura in cui sia strutturato in modo da garantire, nei limiti del possibile, la giustizia del risultato»; CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27 ss., spec. 36; BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra Concentrazione del processo e ricerca della verità*. Relazione al XXV Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Cagliari, 6-8 ottobre 2005), ora in *Giusto proc. civ.*, 2006, 45 ss., spec. 93 ss.; PROTO PISANI, *Linee di una politica di pronto intervento nella giustizia civile*, in *Il giusto proc. Civ.*, 2006, 221; PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in CAPPONI e VERDE (a cura di), *Il nuovo art. 111 della Costituzione*, cit, 55 ss., spec. 62 ss., il quale osserva: “che il processo debba essere giusto, significa in primo luogo, che esso debba svolgersi correttamente (...) ed in secondo luogo che esso deve fare giustizia, e cioè deve svolgersi in modo da favorire il perseguimento di una decisione giusta”. Sull'opinione di quest'ultimo Autore v. anche le osservazioni di MENGIOZZI *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, 2009, cit., 69 ss. Da ultimo, si veda GIORDANO, *La sentenza della «terza via» e le «vie» d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una «terza soluzione» del giudice*, in *Giur. it.*, 2009, 910 ss., spec. 917, notasi; “del resto, il 'giusto processo' contemplato dall'art. 111 Cost. non può che evocare il concetto di giusta decisione”

procedimento, che sia pure articolato in modo da non comprimere il rispetto delle garanzie, non è una condizione sufficiente per garantire il risultato della giustizia della decisione, in quanto, anche un processo in cui sia stato attuato il rispetto delle garanzie processuali, può produrre decisioni ingiuste, nella misura in cui queste ultime sono il frutto di applicazione di regole giuridiche scorrette, ovvero si basano su una ricostruzione di fatti che non corrisponde alla verità<sup>1201</sup>. La giustizia del processo richiede dunque che la decisione, che dal processo scaturisce, sia presa in considerazione in sé e in modo distinto dal procedimento di cui costituisce il risultato. In questo senso, la giustizia della decisione, non scaturisce esclusivamente dalla correttezza del procedimento e non si esaurisce in questo, ma dipende dalla sussistenza di autonome condizioni di giustizia che afferiscono alla decisione stessa<sup>1202</sup>.

Processo giusto implica dunque due livelli di giustizia, compresenti e l'uno connesso all'altro: quello afferente al procedimento, nel quale non possono mancare le garanzie minime previste dalla Costituzione<sup>1203</sup>, nonché quello attinente alla qualità della decisione che dal processo scaturisce, la quale deve essere informata ai canoni di giustizia sostanziale. In questo contesto, le garanzie, oltre che presidio della correttezza del procedimento sono, al contempo, strumentalmente e funzionalmente collegate alla produzione di una “giusta decisione”<sup>1204</sup>.

Pertanto, l'interpretazione dell'art. 111 Cost. che ha maggiormente valorizzato la potenzialità della disposizione costituzionale, è proprio quella che non si è arrestata alla qualità delle caratteristiche del procedimento, ma che ha altresì affermato che il processo giusto è quello che tende (anche) alla sentenza “giusta”, intendendosi per sentenza “giusta” anzitutto la sentenza nel merito e, quanto al

---

<sup>1201</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 107 e ss..

<sup>1202</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1203</sup> Da ultimo, per il rilievo che da siffatte garanzie «possono (ed, anzi, debbono poter) promanare veri e propri «principi» o «parametri» di natura e di rango costituzionale, da assumersi quali strumenti ermeneutici generali (nell'ottica di una “lettura costituzionalmente orientata” delle norme ordinarie, che si fondi altresì, quando occorra, su determinate norme internazionali. “interposte”) sia per l'interprete, sia per il giudice, nell'applicazione delle disposizioni processuali », si veda COMOGLIO, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in *Riv. Dir. proc.*, 2009, § 2, 1686 ss.

<sup>1204</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 98 e ss..

suo scopo, la sentenza che attua il diritto sostanziale, rispetto alla sentenza finalizzata alla mera composizione della lite<sup>1205</sup>. Il riferimento al concetto di “giusta decisione” non è il richiamo ad un parametro generale indefinito ma, al contrario, rinvia ad un preciso modello operativo messo a punto dalla dottrina, la quale ha individuato quali debbano essere le condizioni necessarie affinché la decisione integri i requisiti di giustizia<sup>1206</sup>.

Per un verso il contraddittorio costituisce il punto di equilibrio delle garanzie offensive e difensive delle parti, rappresentando il mezzo principale, attraverso il quale la garanzia della difesa, trova la sua piena esplicazione. Sotto un altro punto di vista, rappresenta lo strumento d'elezione per l'accertamento dialettico della verità dei fatti controversi e per l'individuazione della corretta regola giuridica di risoluzione della controversia: quindi, per il conseguimento di un “giusto” provvedimento di tutela<sup>1207</sup>. In questa prospettiva, alla base del principio dell'*audi alteram partem* vi è dunque un fondamento garantista, ma anche una giustificazione epistemica<sup>1208</sup>, e i due profili, lungi dall' essere contrapposti, si

---

<sup>1205</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1206</sup> La giustizia della decisione è stata definita attraverso tre condizioni, disgiuntamente necessarie e congiuntamente sufficienti, ossia: la correttezza del procedimento, la giusta interpretazione ed applicazione della legge sostanziale; la veridicità dell'accertamento dei fatti. cfr. TARUFFO, *La semplice verità, cit.*, spec. 99 ss.; 116 ss.; 122 ss.; 196 ss.; ID., *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 315 e ss.; ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 219 ss.. Nella nozione di “processo giusto” si congiungono aspetti di giustizia sostanziale e aspetti di giustizia procedurale che rendono particolarmente impegnativo, per l'interprete, l'approccio a problemi che si debbano misurare con queste premesse.

<sup>1207</sup> COMOGLIO, *Terza via» e processo «giusto»*, cit., 759 s.; l'Autore afferma di concordare con questa ricostruzione bivalente del principio del contraddittorio ma, di fatto, sembra aderire ad una tesi che si riporta ad un concezione pura di giustizia procedurale

<sup>1208</sup> Sul valore epistemico del contraddittorio che connota l'essenza della giurisdizione sono numerosi i contributi relativi al processo penale: senza pretesa di completezza cfr. FERRUA, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in KOSTORIS (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, 5 ss.; ID., *Il giusto processo*, Bologna, 2007, in part. 91 ss.; ID., *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*. II, Torino, 1992, in part. 47 ss., 75 ss.; MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost, tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. Pen.*, 2000, 790 ss.; UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2098 ss.; ID., *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. Pen.*, 2005, 1092; da ultimo, si veda GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive del giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, 3671 ss., il quale propone una valutazione critica della sentenza C. Cost., 26 giugno 2009, n. 184, per ribadire la valenza prevalente del contraddittorio come “garanzia oggettiva” circa il metodo di accertamento che connota il processo penale.

pongono in una relazione di complementarità<sup>1209</sup>. A questo riguardo, la modalità di articolazione del rapporto complementare deve essere specificata, tenendo conto del fatto che le regole di attivazione del contraddittorio, oltre a dare attuazione ad una garanzia costituzionale incompressibile, sono strumenti finalizzati a consentire che il processo produca decisioni giuste, perciò vanno calate nel contesto della struttura generale dell'ordinamento processuale e dei principi che ne informano il funzionamento<sup>1210</sup>.

*3. La complementarità strutturale tra l'esercizio del diritto di difesa e l'esercizio dei poteri decisorii, nel quadro dell'attuazione del contraddittorio.*

Sulla linea di analisi da ultimo individuata, la struttura che viene in considerazione, è rappresentata dai principi che, eminentemente, distribuiscono i poteri tra le parti e il giudice. Il principio della domanda, il principio dispositivo e il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, costituiscono gli elementi cardine che, in stretta connessione gli uni con gli altri, formano un solido apparato normativo-teorico che regge la struttura del nostro processo civile<sup>1211</sup>.

In un modello processuale retto dal principio della domanda e dal principio dispositivo qual è il nostro, dunque, la determinazione dell'oggetto del giudizio e la individuazione delle prove, avviene essenzialmente sulla base delle allegazioni e delle deduzioni delle parti. E' dunque, alle modalità con cui l'attività di allegazione e di deduzione di mezzi istruttori viene regolata, che deve andare l'attenzione di chi voglia verificare i confini e l'operatività del contraddittorio nel nostro ordinamento. Sotto questo primo profilo, il contraddittorio assume la configurazione di libero scontro dialettico tra le parti. Facendo emergere nel processo le allegazioni di fatto, le deduzioni istruttorie, gli elementi di diritto che costituiscono il materiale della causa<sup>1212</sup>. In questo senso, può essere accettabile affermare che il contraddittorio è, al contempo, forza negativa e forza positiva<sup>1213</sup>. Nel primo significato, si è affermato che "la forza del contraddittorio è anzitutto

---

<sup>1209</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 98 e ss..

<sup>1210</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1211</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 116 e ss..

<sup>1212</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1213</sup> GENTILI, *Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 748 s.

una forza negativa” e che il contraddittorio “è regola semantica della comunicazione, che impone la definizione del discorso giudiziale nei confini della contraddizione sui fatti e sui diritti. Risiede nel fatto che la legge, precludendogli altre possibilità, vincola il giudice a pronunciarsi nei soli confronti delle parti, e solo *iuxta alligata et probata*”<sup>1214</sup>. Come forza positiva, invece, il contraddittorio ha una forza propulsiva e “incrementante” nei confronti delle parti, in quanto stimola le parti alla completezza e all’ampiezza delle loro allegazioni, deduzioni e prospettazioni: “sul problema individuato dal conflitto che si crea tra le parti, l’attore deve sottoporre al giudice tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti per la decisione, perché ogni lacuna genererebbe il rigetto della domanda. Ed il convenuto deve offrire una confutazione altrettanto completa delle tesi avversarie. La libertà delle parti di proporre domande ed eccezioni (...) stimola e promuove l’interrogarsi del giudice su quel conflitto. La libertà di allegazione di fatti pertinenti e della loro dimostrazione (...) allarga il suo sguardo ad una porzione potenzialmente crescente della realtà rilevante. La libertà di argomentazione in diritto suggerisce sempre nuove prospettive di interpretazione delle leggi pertinenti al caso”<sup>1215</sup>. Nella forza negativa e positiva del contraddittorio si coniugano sia una dimensione garantista, sia, sotto un certo profilo, una dimensione epistemica del contraddittorio, in quanto il libero scambio dialettico, che deve essere provocato dal giudice sulle questioni che pone alla base della sua decisione, consente alle parti di difendersi adeguatamente e, al contempo, di ampliare ed approfondire il materiale di causa destinato ad emergere nel processo<sup>1216</sup>.

Considerare la funzione del contraddittorio, soltanto in relazione al ruolo giocato dalle parti, tuttavia, lascerebbe l’indagine incompleta e fornirebbe una parziale costruzione del principio del contraddittorio e della sua funzione, poiché nel sistema processuale delineato dai principi che informano il nostro codice di procedura civile è assente un monopolio assoluto delle parti in ordine alla determinazione dell’oggetto del giudizio e, per converso, è stata attribuita al

---

<sup>1214</sup> ID., *Contraddittorio e giusta decisione, loc. cit.*, il principio del contraddittorio si connette cioè con la struttura dispositiva del processo, nel senso che vincola ai limiti del contraddittorio l’opera del giudice, poiché egli non può pronunciare *ultra petita*.

<sup>1215</sup> ID., *Contraddittorio e giusta decisione, loc. cit.*

<sup>1216</sup> GAMBA, *L’ integrazione dell’ art. 101 c.p.c., cit.*, 116 e ss..



giudice una generale funzione di direzione materiale del procedimento, finalizzata ad una corretta definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*<sup>1217</sup>. Nel nostro sistema processuale è assente altresì il monopolio delle parti in ordine alle prove, tanto più che sono attribuiti al giudice poteri istruttori incisivi, per mezzo dei quali vari mezzi di prova possono entrare nel processo per iniziativa officiosa del giudice<sup>1218</sup>.

Alla luce di questi dati strutturali, che contemplanò un ruolo attivo dell'organo giudicante, l'attuazione del contraddittorio assume una diversa connotazione, in quanto entra a far parte degli strumenti di cui il giudice si serve per esercitare i suoi poteri di direzione materiale. Non deve essere un'idea di contraddittorio come libera contrapposizione dialettica delle parti (espressione del principio dispositivo), bensì un'idea di contraddittorio che diviene parte integrante degli strumenti di cui il giudice si serve per esercitare nel modo migliore i suoi poteri decisorî. La forza positiva e la forza negativa della libera contrapposizione tra le parti (così come appena definite) non esauriscono, dunque, la valenza del contraddittorio, il quale assume una ulteriore e differente forza positiva, che è quella che si rivela allorché il giudice si serve del contraddittorio stesso per chiarire i fatti sottesi alla controversia<sup>1219</sup>. Il giudice non è una presenza passiva di fronte al libero gioco dialettico delle parti, ma, al contrario, assume il ruolo di protagonista attivo<sup>1220</sup>.

Alla luce dei principi che informano la struttura dell'ordinamento processuale, è coerente con il modello strumentale, una prospettiva di compenetrazione e complementarietà tra i due elementi: una libera contrapposizione dialettica tra le parti in funzione difensiva e uno strumento al servizio del giudice<sup>1221</sup>. Ciò ha la funzione e l'effetto di condurre ad una ricostruzione meno parziale e meno lontana

---

<sup>1217</sup> Il giudice ha il potere di disporre l'interrogatorio libero, ha il potere di chiedere alle parti i chiarimenti necessari e di indicare le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritenga opportuna la trattazione: sono poteri che la legge ha attribuito al giudice per consentirgli di svolgere una marcata funzione direzionale, che trova il suo campo di elezione prevalente nella fase preparatoria, finalizzata alla messa a punto dell'oggetto della controversia.

<sup>1218</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 116 e ss..

<sup>1219</sup> Per meglio comprendere i termini del conflitto che ha condotto le parti davanti al giudice, per meglio inquadrarlo giuridicamente, per chiarire i problemi attinenti alla prova dei fatti.

<sup>1220</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 116 e ss..

<sup>1221</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 116 e ss..

dalla verità della questione oggetto di contesa, rispetto a quanto potrebbe accadere qualora la contrapposizione dialettica non fosse stata realizzata<sup>1222</sup>.

È proprio in questo aspetto funzionale che diritto di difesa e poteri del giudice convergono. Quanto più il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri decisorii, analizza il materiale di causa, individuando le questioni idonee ad influire o a fondare la decisione, e si avvale attivamente dello strumento dell'attuazione del contraddittorio per mettere a punto le premesse della decisione, nel modo più corretto possibile, tanto più le parti, sollecitate a confrontarsi sui vari punti di fatto o di diritto, potranno difendersi in modo più incisivo ed articolato rispetto ai profili che saranno destinati a costituire le basi della decisione<sup>1223</sup>. In conclusione, nella garanzia del contraddittorio e nelle regole della sua attuazione -in una prospettiva di relazione strumentale con i requisiti di correttezza della decisione- il diritto di difesa ed il corretto esercizio del potere decisorio si completano e si integrano l'uno con l'altro, superando le contrapposizioni e i limiti su cui la dottrina ha da sempre impostato il problema delle sentenze "a sorpresa"<sup>1224</sup>.

*4. L'attribuzione al giudice del ruolo di parte attiva rispetto all'attuazione del contraddittorio e la strumentalità del contraddittorio rispetto alla corretta costruzione delle premesse della decisione.*

L'approccio ai problemi di attuazione del contraddittorio, in una prospettiva procedurale strumentale, secondo quanto è stato prospettato nei paragrafi precedenti, permette di rielaborare l'interpretazione della regola recepita dal nuovo 2° comma dell'art. 101 c.p.c., integrando la versione interpretativa tradizionale ed attribuendo alla stessa una nuova valenza. L'idea che il contraddittorio nel processo non coinvolga esclusivamente le parti e la loro contrapposizione dialettica, ma coinvolga anche e soprattutto il giudice nei suoi rapporti con le parti è tesi acquisita dall'elaborazione dottrinale<sup>1225</sup>. Analizzando il problema delle sentenze della "terza via" nell'elaborazione tradizionale, emerge che la dottrina ha costantemente ribadito una "compressione" del contraddittorio

---

<sup>1222</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, loc. cit..

<sup>1223</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, loc. cit..

<sup>1224</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, loc. cit..

<sup>1225</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, cit., 121 e ss..

ad opera dell'organo giudicante e a scapito delle parti, mentre è rara un'analisi che valorizzi il contraddittorio in relazione con il rapporto tra il giudice e le parti, nel contesto del procedimento decisorio.

Queste connotazioni sono comuni alle differenti posizioni interpretative. Secondo la teoria garantista, improntata ad un modello procedurale “puro”, la dinamica dei rapporti giudice-parti è in linea con la concezione processuale della giustizia ad essa sottesa ed è coerente con essa<sup>1226</sup>. Se il contraddittorio è un principio imprescindibile del procedimento, intimamente connaturato con il diritto di difesa delle parti, è chiaro che l'attività decisoria del giudice non può contravvenire a tali principi. La violazione delle regole del “gioco” ad opera del giudice si ripercuoterebbe, infatti, sull'esistenza del gioco stesso e determinerebbe l'invalidità del provvedimento finale<sup>1227</sup>. A questa stregua, la regola della piena attuazione del contraddittorio funge principalmente da “limite” di natura processuale ai poteri decisorii del giudice, il quale è chiamato a rispettare i confini della contesa e della libera partecipazione al processo delle parti, le quali - in posizione di parità e attraverso una attività difensiva dialetticamente contrapposta e a tutto campo - devono poter tentare di influenzare la decisione del giudice a proprio vantaggio<sup>1228</sup>.

Il carattere di limite ai poteri del giudice si riscontra, tuttavia, anche nella contrastante opinione interpretativa. Secondo la teoria sostanzialista, la presenza o meno del contraddittorio è un elemento che viene in considerazione esclusivamente nella misura in cui ha determinato una ingiustizia sostanziale della decisione<sup>1229</sup>. Tuttavia, anche in questa ricostruzione (fermo che l'invalidità della sentenza pronunciata in violazione del contraddittorio, è subordinata al riscontro della ingiustizia della decisione stessa) la regola della piena attuazione del contraddittorio sembra fungere esclusivamente da limite al potere del giudice ad esclusiva garanzia della difesa delle parti, sia pur con l'aggiunta del passaggio inerente all'ingiustizia della sentenza<sup>1230</sup>. Analogamente, la giurisprudenza, sul piano della ricostruzione delle fattispecie concrete, non procede mai ad un'analisi

---

<sup>1226</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1227</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1228</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1229</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1230</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

del significato della regola di attuazione del contraddittorio sulle questioni, limitandosi a recepire e riproponendo in modo acritico le soluzioni avanzate dalla dottrina<sup>1231</sup>.

L'impostazione tradizionale, tuttavia, appare eccessivamente sbilanciata sul versante - sia pure fondamentale e imprescindibile - della salvaguardia del diritto di difesa delle parti e sembra trascurare completamente il ruolo del giudice, al quale viene ascritta una posizione passiva<sup>1232</sup>. Pertanto appare preferibile una concezione strumentale del procedimento, che valorizzi altresì il profilo strumentale del contraddittorio, come mezzo conoscitivo di cui il giudice si può avvalere per addivenire ad una più corretta costruzione della premesse della decisione<sup>1233</sup>.

Se la piena attuazione del contraddittorio e la piena realizzazione della difesa delle parti, costituiscono non soltanto le regole di corretto svolgimento del procedimento, ma rappresentano altresì i metodi fondamentali attraverso i quali il processo addivene ad una giusta soluzione della controversia, è il contesto dei rapporti tra i poteri attribuiti al giudice e quelli attribuiti alle parti a venire in considerazione e a dover essere valorizzato<sup>1234</sup>. La prospettiva che emerge da una concezione procedurale strumentale del contraddittorio è molto interessante, soprattutto per la luce che proietta sul ruolo del giudice. Questi, da spettatore passivo rispetto al libero scambio dialettico, diviene una presenza attiva rispetto all'attuazione del contraddittorio<sup>1235</sup>. In quest'ottica, l'idea che il giudice debba sottoporre alle parti le questioni che porrà a fondamento della propria decisione, non costituisce esclusivamente l'espressione di un limite posto all'esplicazione dei suoi poteri decisorii. Tale concezione cerca di dimostrare che il giudice è chiamato a rivestire un ruolo determinante nell'attuazione dei principi e delle regole processuali che permettono un corretto funzionamento del processo, in quanto queste ultime influenzano il contenuto e la qualità della decisione<sup>1236</sup>. Risulta dunque chiaro il mutamento di prospettiva sul ruolo del giudice che emerge in questa ricostruzione: l'intervento giudiziario, volto a porre alla contrapposizione

---

<sup>1231</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1232</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1233</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1234</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1235</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1236</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

dialettica delle parti le questioni fondamentali per la decisione, non costituisce un limite ai poteri decisorî del giudice, bensì, al contrario, si configura come la condizione per la piena esplicazione di una esigenza che è propria del potere decisorio stesso<sup>1237</sup>. Si tratta dell'esigenza di predisporre un contesto processuale più idoneo a generare, in vista della decisione, materiale più "raffinato" sotto il profilo qualitativo, in quanto si tratta di materiale che è stato oggetto di una presa di posizione, dialetticamente contrapposta, ad opera delle parti, nel contesto delle proprie attività difensive: ciò che pone, al contempo, le premesse per una completa realizzazione della compartecipazione delle parti al processo, nella piena realizzazione del diritto di difesa di cui esse sono titolari<sup>1238</sup>.

Il rispetto del principio del contraddittorio, dunque, non rappresenta più soltanto un dovere di rispetto del diritto di difesa, che si traduce, correlativamente, in un limite ai poteri decisorî del giudice, ma costituisce, in realtà, un dovere di corretta esplicazione dei medesimi poteri decisorî, in funzione della piena attuazione del contraddittorio, conducendo alla costruzione di una decisione più giusta e, al contempo, alla realizzazione della migliore difesa delle parti<sup>1239</sup>.

Viene così superata la prospettiva tradizionale, in quanto la piena salvaguardia del diritto di difesa, attraverso la corretta attuazione del contraddittorio, e l'utilizzazione del contraddittorio da parte del giudice allo scopo di addivenire ad una più corretta decisione della controversia, non sono elementi contrapposti, ma, al contrario, si compenetrano e si rafforzano reciprocamente.

L'ottica che valorizza il valore strumentale del contraddittorio, tuttavia, non si limita ad ampliare definitivamente la lettura tradizionale dei rapporti intercorrenti tra giudice- attuazione del contraddittorio- parti, destituendo definitivamente di fondamento l'idea che l'esercizio dei poteri decisorî possa, in qualche misura, contrapporsi al diritto di difesa: le prospettive provenienti da una concezione strumentale introducono, altresì, un' ipotesi di ridefinizione del ruolo che il giudice è chiamato a svolgere nell'avvalersi della regola che richiede la piena attuazione del contraddittorio<sup>1240</sup>. L'ampiezza del cambiamento è già intuibile sulla base della costruzione di un passaggio da un giudice che è limitato dal diritto di difesa

---

<sup>1237</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1238</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1239</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1240</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

dialettico facente capo alle parti, ad un giudice che “gestisce” il contraddittorio, ossia ad un giudice, il cui compito è quello di indirizzare correttamente lo scontro dialettico tra le parti stesse<sup>1241</sup>. Per corretta gestione del contraddittorio non deve intendersi soltanto una completa realizzazione della compartecipazione delle parti al processo, ma anche la necessità di un giudice che si attivi allo scopo di evitare la degenerazione del contraddittorio e gli effetti negativi che dalla stessa possono derivare<sup>1242</sup>.

L' esito dell' attività compiuta dalle parti nel processo, inserita nel contesto della dinamica processuale, conduce alla formulazione di una pluralità di enunciati relativi a fatti rilevanti, i quali danno vita a “narrazioni” per allegare i fatti, aventi natura ipotetica e carattere incerto: sono cioè proposizioni possibilmente vere o false, relative a fatti principali o secondari. Poiché lo status di incertezza verrà eliminato soltanto con la decisione finale, esse mantengono la natura di ipotesi incerte per tutto il corso del giudizio e, in tale veste, costituiscono l'oggetto del giudizio sul fatto<sup>1243</sup> <sup>1244</sup>. Ognuna delle parti, in altri termini, propone al giudice una propria ipotesi di *thema probandum* della controversia, indicando quello che dovrebbe essere il contenuto della decisione, nell'ipotesi che i fatti da provare venissero confermati. Nel nostro ordinamento processuale, l' individuazione della norma applicabile al caso concreto, in virtù della quale vengono costruite e qualificate come rilevanti le statuizioni sul fatto da porre alla base della decisione, spetta al giudice in virtù del principio *iura novit curia*<sup>1245</sup>. Infine, le narrazioni sui fatti formulate dalle parti, si caratterizzano per essere parziali, in quanto

---

<sup>1241</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c.*, loc. cit..

<sup>1242</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c.*, loc. cit..

<sup>1243</sup> TARUFFO, *La semplice verità*, cit, 33 ss., 169 ss., ID., *Elementi per un' analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 789 ss.

<sup>1244</sup> Le narrazioni costruite dalle parti si caratterizzano, inoltre, per avere una pretesa di verità: ossia vengono presentati dalle parti come vere, anche se la loro verità o falsità verrà stabilita definitivamente soltanto con la pronuncia finale del giudice, TARUFFO, *Narrativas judiciales*, in *Revista de derecho*, 2007, 231 ss., il quale, richiamandosi agli studi in materia di teoria del linguaggio di SEARLE, *Mind, Language and Society. Philosophy in the Real World*, New York, 1999, 137, 140, 148, ID., *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1980, 23, 29, 65, afferma che gli enunciati sui fatti costruiti dalle parti appartengono alla «category o illocutionary acts, with an assertive illocutionary point».

In secondo luogo, tali narrazioni hanno natura ipotetica anche sotto il profilo del giudizio di rilevanza giuridica: costituiscono invero semplici ipotesi su fatti rilevanti, dal momento che le parti costruiscono gli enunciati ipotizzando una qualificazione giuridica dei fatti ed affermando l'applicabilità al caso concreto di una o più norme giuridiche.

<sup>1245</sup> TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 82, ss., 97 ss.

potenzialmente incomplete ed alterate rispetto ai fatti così come si sono verificati nella realtà<sup>1246</sup>.

L'attività di formulazione di ipotesi sui fatti, posta in essere dalle parti, si inserisce in un contesto dinamico, che può determinare la modificazione delle ipotesi inizialmente formulate e/o la formulazione di nuove ipotesi nel corso del processo. È vero che le parti sono in posizione antagonistica e lo stato di contrapposizione dell'una rispetto all'altra può comportare modificazioni delle ipotesi inizialmente costruite, in conseguenza delle scelte difensive e strategiche adottate dall'avversario<sup>1247</sup>. Tuttavia, è altrettanto vero che la libera contrapposizione dialettica tra le parti non può garantire, da sola, la messa a punto di ipotesi sul fatto veritiere, idonee a far emergere la complessità della configurazione reale della controversia. Niente assicura che dallo scontro competitivo fra attore e convenuto -entrambi interessati alla vittoria e non alla ricerca della verità o all'individuazione del problema reale sotteso alla controversia-, possano emergere ricostruzioni delle circostanze, maggiormente in linea con le esigenze di giustizia della decisione<sup>1248</sup>.

Tuttavia le attività che integrano lo scontro dialettico, se adeguatamente incanalate, contengono in sé una potenzialità che può creare i presupposti, affinché la contrapposizione si svolga in modo da favorire una individuazione qualitativamente corretta del *thema decidendum*. Va infatti rilevato che le parti sono sì disinteressate all'accertamento della verità nel processo e, per converso, sono interessate alla vittoria, ma lo sono in modo diverso in quanto mirano a risultati contrapposti<sup>1249</sup>. Il contrasto di finalità e di strategie difensive non è dunque, ancora sufficiente, per garantire il risultato di una più corretta costruzione del caso. Anche la contrapposizione dialettica, se può facilitare una corretta emersione del caso, può benissimo condurre ad uno scostamento del *thema decidendum* da una rappresentazione reale e veritiera: ne deriva che lo scontro

---

<sup>1246</sup> Soggettive, parziali, incomplete e, tendenzialmente, non corrispondenti a verità sono pertanto le qualificazioni che, potenzialmente, possono essere ascritte alle ipotesi sul fatto che nel processo sono riconducibili alle parti, ID., *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, cit., 790 ss.; ID. *Narrativas judiciales*, cit., 231 ss..

<sup>1247</sup> Per un descrizione del giudizio di fatto inserito nella dinamica del processo si veda TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, cit., 796 ss.

<sup>1248</sup> GAMBA, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, cit., 121 e ss..

<sup>1249</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, loc. cit..

dialettico tra le parti, poste in contraddittorio le une contro le altre, può potenzialmente portare alla luce una rappresentazione parziale o alterata dei fatti che vengono fatti emergere nel processo, rispetto alla realtà degli accadimenti reali<sup>1250</sup>.

Dunque, si configura come necessario che l'attività difensiva svolta dalle parti, non avvenga nell'assoluta libertà del gioco dialettico, ma che si realizzi in un contesto "controllato", alla presenza di una "guida" che (senza comprimere la libertà espressiva delle parti ed, anzi, favorendo il pieno esercizio del diritto di difesa delle stesse) giunga a definire quali sono le questioni realmente controverse, destinate a formare oggetto di istruzione e successiva decisione, stimolando il contraddittorio sui differenti profili del materiale di causa<sup>1251</sup>. In questo senso, l'attività di indicazione alle parti delle questioni da dibattere, va ricompresa nelle attività di preparazione della controversia che spettano al giudice, il quale, nel contraddittorio delle parti e con la loro collaborazione, esercitando i poteri di direzione materiale, provvede a definire la base di fatto della decisione<sup>1252</sup>.

L'intervento del giudice costituisce un elemento di sostegno indispensabile, per un corretto incanalamento dell'attività di confronto dialettico tra le parti. Non è sufficiente il ruolo di un giudice che si limita, a prendere atto delle allegazioni delle parti per non compromettere la propria posizione di equidistanza dagli interessi in contesa<sup>1253</sup>. In questa prospettiva, il giudice è chiamato ad intervenire in modo

---

<sup>1250</sup> ID., *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1251</sup> ID., *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1252</sup> ID., *L'integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1253</sup> In questa prospettiva, il giudice è chiamato ad intervenire in modo attivo sulla costruzione degli enunciati di fatto formulati dalle parti. Se le parti hanno messo a punto ipotesi incomplete sul fatto, il giudice, compatibilmente con i principi che regolano il processo, sarà tenuto a recuperare la completezza della rappresentazione delle circostanze reali che vengono in considerazione nel caso di specie. Del pari, se le ipotesi definite dalle parti forniscono una rappresentazione distorta dei fatti della controversia, il giudice dovrà correggerla cercando una costruzione oggettiva e veritiera delle statuizioni sui fatti da porre alla base della decisione. In sintesi, il ruolo istituzionale ascrivito al giudice pone lo stesso in posizione di dover costruire statuizioni sui fatti che prendano le distanze dalla parzialità e dalla partigianeria propria delle ipotesi sul fatto messe a punto dalle parti. Tali statuizioni sono poste in essere dal giudice come organo depositario del potere giurisdizionale e ciò ha una importanza fondamentale: l'esercizio della funzione giurisdizionale è una funzione fondamentale di garanzia, che svolge un ruolo centrale nella vita del diritto: "si tratta di una pubblica funzione, la cui previsione e organizzazione appartengono [alla] (...) 'dimensione formale' della democrazia costituzionale, ma che al tempo stesso, consistendo nella garanzia secondaria dei diritti fondamentali in essa stabiliti, è il principale fattore di effettività [della] (...) sua dimensione sostanziale". In forza del potere giurisdizionale, il giudice, a fronte della proposizione di una domanda giudiziale, ha il compito di accertare l'esistenza o l'inesistenza di una posizione soggettiva sostanziale e di



attivo sulla costruzione degli enunciati di fatto formulati dalle parti<sup>1254</sup>. In sintesi, il ruolo istituzionale ascrivito al giudice, pone lo stesso in posizione di dover costruire statuizioni sui fatti che prendano le distanze dalla parzialità propria delle ipotesi sul fatto messe a punto dalle parti<sup>1255</sup>.

Se si prendono le mosse dal presupposto, che debba essere prevalente l'interesse ad ottenere una decisione razionale e corretta della controversia, l'imparzialità e la terzietà del giudice si traducono nello sforzo attivo di porre alla base della decisione statuizioni sui fatti oggettive, veritiere, capaci di rispecchiare la complessità del substrato di fatto sotteso alla controversia<sup>1256</sup>.

Le nuove prospettive presuppongono una figura di giudice chiamato ad intervenire sull'attuazione del contraddittorio, con la consapevolezza che le sue attività, contribuiscono a rendere qualitativamente migliore il materiale da utilizzare per la decisione, creando i presupposti per la emanazione di una decisione in linea con i canoni di giustizia<sup>1257</sup>. Sottoponendo le varie questioni di fatto e di diritto al contraddittorio delle parti, il giudice è chiamato non soltanto a garantire il corretto funzionamento dello strumento processuale, ma altresì a gestire il contraddittorio in maniera attiva e creando, in questo modo, un contesto processuale idoneo per la migliore esplicazione degli stessi poteri decisorii<sup>1258</sup>.

L'attribuzione all'autorità giudiziaria di un ruolo di "parte attiva" rispetto all'attuazione del contraddittorio riconferma una posizione del giudice in contrapposizione con il modello tradizionale, che vuole il giudice limitato, nei suoi

---

pronunciare, se sussistono i presupposti di accoglimento della domanda, i provvedimenti di tutela, dando applicazione alle norme di diritto: sul punto, si veda, per tutti, FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., I, 880 ss., II, 213 ss. In questa prospettiva, le statuizioni sui fatti che il giudice pone alla base della decisione costituiscono una fondamentale estrinsecazione dell'attività decisoria in cui si sostanzia l'attività giurisdizionale.

<sup>1254</sup> Se le parti hanno messo a punto ipotesi incomplete sul fatto, il giudice, compatibilmente con i principi che regolano il processo, sarà tenuto a recuperare la completezza della rappresentazione delle circostanze reali che vengono in considerazione nel caso di specie. Del pari, se le ipotesi definite dalle parti forniscono una rappresentazione distorta dei fatti della controversia, il giudice dovrà correggerla cercando una costruzione oggettiva e veritiera delle statuizioni sui fatti da porre alla base della decisione.

<sup>1255</sup> GAMBÀ, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, cit., 121 e ss..

<sup>1256</sup> FAZZALARI, *L'imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 193 ss.; LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 551 ss.; SABATO, *L'imparzialità del giudice civile alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in CIVININI e VERARDI (a cura di), *n nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001, 167 ss.

<sup>1257</sup> GAMBÀ, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, cit., 121 e ss..

<sup>1258</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, loc. cit..

poteri decisori, dalle esigenze di attivazione del contraddittorio a tutto vantaggio delle parti<sup>1259</sup>.

Dunque, la disposizione normativa contenuta nell'art. 101, comma 2° c.p.c. sembra recepire la necessità di una corretta gestione del contraddittorio ad opera del giudice, il quale è chiamato ad un intervento attivo, costante nel corso della fase di trattazione e idoneo a consentire alle parti di difendersi in modo pieno e in contrapposizione l'una rispetto all'altra. In altri termini, lo scontro dialettico tra le parti si traduce in effettiva compartecipazione al processo e realizza pienamente il diritto di difesa se avviene in un "contesto guidato"<sup>1260</sup>.

La nuova disposizione comporta una ridefinizione dei rapporti tra il giudice e le parti rispetto all'attuazione del contraddittorio, allorché la partecipazione del giudice al contraddittorio non sarà intesa in senso puramente passivo, come mero dovere di audizione delle parti, ma implicherà una partecipazione attiva al loro dibattito, ottenuta, oltre che col ricorso all'interrogatorio libero ex art. 117; proprio attraverso l'esercizio di quel potere di indicazione delle questioni, di chiarificazione e d'informazione previsto dal combinato disposto dell'art. 183, comma 4° c.p.c. e dall'art. 101 comma 2° c.p.c.<sup>1261</sup>.

##### *5. I livelli di attuazione della garanzia del contraddittorio.*

In base alle prospettazioni affrontate, la funzione delle garanzie in chiave strumentale, permette di superare le critiche di formalismo e consentire l'attuazione dei diritti degli individui che partecipano al processo. Non possono essere considerate esclusivamente "giuste" in se stesse, dovendo trovare necessariamente giustificazione nel rispetto dei diritti garantiti dalle norme costituzionali agli individui che partecipano al processo, oltre che nella loro idoneità a rendere il processo un luogo di produzione di decisioni "giuste". Tuttavia, rispetto alle posizioni sostanzialiste, il modello procedurale strumentale, postula che le garanzie -proprio in quanto collegate da nesso di strumentalità con l'esito giusto della procedura (la decisione)- debbano sussistere sempre nel corso

---

<sup>1259</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1260</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1261</sup> TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, 453.

del procedimento e non siano eliminabili, pena la inevitabile compromissione della qualità della decisione<sup>1262</sup>. Ciò in quanto la loro presenza pone, da sola, come condizione necessaria, ma non sufficiente, per la pronuncia di una decisione “giusta” sotto un duplice ordine di motivi. Da un lato, la correttezza del procedimento che rispetti le garanzie di difesa riconosciute alle parti, è presupposto autonomo di giustizia della decisione, e come tale non eliminabile<sup>1263</sup>. Sotto questo profilo, l'interpretazione proposta in chiave strumentale riprende, parzialmente, la posizione della teoria garantista, ma dalla stessa si differenzia. Infatti, la necessità della corretta attuazione della garanzia del contraddittorio in via preventiva e nel corso del procedimento, costituisce un elemento strumentale alla corretta costruzione di premesse della decisione<sup>1264</sup>. Ferma la necessità della presenza della garanzia, nel modello strumentale, ciò che varia, è il grado di attuazione della garanzia stessa, il quale può essere caratterizzato da un diverso livello di intensità, in quanto, ad esempio, ci può essere una graduazione tra il massimo grado di attuazione di una garanzia ed un livello minimo di attuazione della stessa<sup>1265, 1266</sup>.

In questo quadro deve essere collocata la garanzia del contraddittorio in raccordo con il canone fondamentale del “giusto processo”. Il vero problema è quello di trovare un punto di equilibrio nell'attuazione delle garanzie costituzionali, realizzando la tutela del diritto di difesa, di cui il contraddittorio è espressione e, al contempo, le esigenze espresse dal principio del contraddittorio, quale strumento epistemico finalizzato ad addivenire ad una decisione giusta<sup>1267</sup>.

Se le garanzie possono essere attuate in gradi differenti, in realtà è l'effettività a costituire il parametro che determina il livello di sufficienza della loro attuazione. In altri termini, una garanzia è attuata in modo accettabile ad opera delle regole del processo ordinario, se la garanzia stessa è effettiva nella sua operatività e nella

---

<sup>1262</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 160 e ss..

<sup>1263</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1264</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1265</sup> Conseguentemente anche parametri della giustizia del processo e della giustizia della decisione corrispondono a scale di valori, che si snodano tra due poli opposti su di una pluralità di livelli intermedi, cioè a graduazioni collocate su di una scala delimitata, ad un polo, dalla giustizia del processo o della decisione e, all'altro estremo, alla sua ingiustizia.

<sup>1266</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 160 e ss..

<sup>1267</sup> TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”*, in CAPONE e VERDE (a cura di), *Il nuovo art. 111 della Costituzione*, cit., 49.

sua funzionalità<sup>1268</sup>. Grazie all'apporto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, il baricentro delle norme contenute negli artt. 24 Cost. e 111 Cost. si è spostato sensibilmente, dal momento che da una mera violazione di un contraddittorio statico e formale, presente nel momento costitutivo iniziale del giudizio, si è passati all'esigenza di assicurare forme adeguate di compartecipazione e di collaborazione dinamica delle parti, nel corso dell'intero processo, in modo tale che le parti stesse si vedano accordata, in condizioni paritarie, la piena possibilità di influire, con le proprie attività di difesa, sulla formazione del convincimento del giudice e, quindi, *sull'iter* formativo della decisione giurisdizionale<sup>1269</sup>. Il medesimo discorso si può estendere alla garanzia del contraddittorio come strumento di costruzione di una decisione giusta<sup>1270</sup>. In questa ipotesi, sorge l'esigenza che la contrapposizione dialettica tra le parti, costituisca uno strumento utilizzato in modo effettivo allo scopo di migliorare *l'iter* decisorio e la qualità della decisione. L'imperativo dell'effettività non consente più di arrestarsi ad una garanzia di eguaglianza formale e di difesa teorica, ma, nel generale contesto del "giusto processo", presuppone una realizzazione sostanziale e completa. In conclusione, nella direzione tracciata, si può affermare che una garanzia è attuata in sufficiente grado solo se è effettiva, e l'effettività del contraddittorio, deve essere misurata sotto un duplice profilo: quello di realizzare il diritto di difesa e quello di creare i presupposti di arrivare ad una decisione giusta<sup>1271</sup>.

Adottando questa prospettiva di analisi, è possibile proporre alcune valutazioni rispetto alle regole ordinarie del processo preposte a scongiurare il fenomeno delle sentenze "a sorpresa"<sup>1272</sup>.

Il sistema anteriore alla modifica dell'art. 101 c.p.c., fondato esclusivamente sulla regola contenuta nell'art. 183 comma 4° c.p.c., non corrispondeva per nulla ad una

---

<sup>1268</sup> Viene qui in considerazione l'ampia combinazione di studi scientifici e di dati giurisprudenziali che, nell'arco di quasi un cinquantennio, hanno individuato una prospettiva fondamentale di considerazione delle garanzie della difesa e del contraddittorio, ossia quella di garanzie di contenuto effettivo. Su questi profili si veda, COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 639 ss.; ID. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1994, 1064 ss.

<sup>1269</sup> GAMBÀ, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, cit., 160 e ss..

<sup>1270</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, loc. cit..

<sup>1271</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, loc. cit..

<sup>1272</sup> ID., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c.*, loc. cit..

adeguata attuazione del principio del contraddittorio, nella duplice valenza che ad esso si ascrive. La previsione per la quale “il giudice indica alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”, ricollegava l'indicazione delle questioni alla discrezionalità del giudice. Il giudice non era dunque obbligato ad indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio né quelle che egli prevedeva di poter rilevare; egli indicava alle parti una questione solo quando riteneva di poter ricavare dalla trattazione qualche elemento utile per la decisione<sup>1273</sup>. Stando al tenore letterale della norma, che l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale hanno successivamente tentato di correggere, il giudice avrebbe sempre potuto rilevare d'ufficio, in sede di decisione, questioni non previamente indicate alle parti e se non le avesse indicate questo avrebbe significato semplicemente che non ne aveva ritenuta opportuna la trattazione. L'inadeguatezza dell'attuazione della garanzia del contraddittorio di un sistema siffatto era evidente: poteva accadere, infatti, che la decisione finale si fondasse su una questione rilevata d'ufficio dal giudice solo al momento di decidere la controversia, senza che le parti avessero avuto alcuna possibilità di svolgere su tale questione le proprie difese. Tutto questo a scapito del diritto di difesa nonché a nocimento delle modalità di corretto esercizio del potere decisorio da parte del giudice.

Il panorama del nostro ordinamento processuale, dopo l'introduzione dell'art. 101 comma 2° c.p.c., è in parte migliorato, ma presenta ancora un certo *deficit* in termini di effettività.

Attualmente, vengono in considerazione tre disposizioni normative: oltre all'art. 183 comma 4° c.p.c., e all'art. 384 c.p.c, si è aggiunto anche l'art. 101 comma 2° c.p.c., il quale, va considerata come una norma di chiusura, posta a presidio della regola generale, espressa dal combinato disposto dell'art. 101 comma 1° c.p.c. nonché dell'art. 183 comma 4° c.p.c., per la quale il giudice è tenuto fin dalle prime battute della fase di trattazione ad indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. L'art. 101 comma 2° c.p.c. disciplina, dunque, esclusivamente le ipotesi di rilievo officioso e tardivo, in quanto compiuto in sede decisoria, di questioni idonee ad incidere sulla decisione della controversia,

---

<sup>1273</sup> COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., I, 405.

imponendo al giudice di attivare il contraddittorio sulla questione rilevata e prevedendo la sanzione della nullità della sentenza che sia stata pronunciata a contraddittorio non attuato.

Dalla lettura combinata delle disposizioni normative richiamate, deriva che:

a) il giudice è tenuto ad indicare alle parti tutte le questioni rilevabili d'ufficio delle quali terrà conto nella decisione;

b) se rileverà d'ufficio, in sede di decisione, una questione che non ha previamente indicato alle parti, il giudice è tenuto a provocare il contraddittorio con le modalità previste dall'art. 101 comma 2° c.p.c.;

e) allorché si verifichi l'ipotesi di rilievo tardivo (ossia compiuto in sede di decisione) di una questione, la formulazione letterale della norma si limita a prevedere semplicemente che il giudice assegni alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione<sup>1274</sup>.

Sono proprio le modalità di attuazione del contraddittorio previste dalla disposizione normativa a lasciare insoddisfatti sotto il profilo dell'effettività dell'attuazione della garanzia<sup>1275</sup>. Come si ricava dalla formulazione del secondo comma dell'art. 101 c.p.c., il giudice sembra tenuto esclusivamente

a porre le parti in condizione di depositare atti difensivi scritti sulla questione e non a provocare uno scambio dialettico effettivo sulla questione medesima<sup>1276</sup>. In altri termini, il senso letterale della norma, sembra dare rilievo esclusivamente al profilo formale dello scambio degli scritti difensivi, alla cui mancanza viene ricollegata la sanzione della nullità della sentenza, e non già alla circostanza che il profilo rilevato officiosamente dal giudice sia oggetto di contraddittorio effettivo<sup>1277</sup>. Seguendo questa linea di considerazioni, la disposizione non sembra corrispondere al livello di adeguata attuazione della garanzia costituzionale di cui all'art. 111 Cost.<sup>1278</sup>. Potrebbe infatti accadere che il semplice "spazio difensivo" creato dal giudice attraverso la concessione dei termini per le memorie e

---

<sup>1274</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 160 e ss..

<sup>1275</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1276</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1277</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1278</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

l'indicazione di una questione, non sia sufficiente ad attuare il contraddittorio effettivo rispetto alla questione rilevata<sup>1279</sup>.

Probabilmente, questo inconveniente potrebbe essere eliminato, qualora alla norma si attribuisca una interpretazione parzialmente correttiva, in base alla quale non si attribuisca al giudice un potere-dovere solo formale di provocare il contraddittorio su una questione, bensì si riempra di contenuto effettivo: il potere-dovere stesso, in rapporto ai fini istituzionali propri del contraddittorio<sup>1280</sup>.

#### *6. La sanzione di nullità secondo il modello strumentale di giustizia procedurale.*

Anteriormente alla riforma dell' art. 101, comma 2° c.p.c, non esistevano norme specifiche che prevedevano espressamente la nullità della sentenza, emessa in violazione del contraddittorio, talchè il problema, non essendo di immediata soluzione sulla base di elementi testuali, aveva generato una contrapposizione di tesi interpretative.

Secondo la teoria garantista, la violazione della garanzia del contraddittorio, posta in essere dal giudice, veniva posta al novero delle nullità extraformali, ossia a quelle nullità genericamente derivanti da garanzie costituzionali (quali sono, appunto quelle a presidio della difesa o del contraddittorio), i cui effetti, a prescindere da qualsiasi sanzione testuale prevista da norme ordinarie, sono di per sé cogenti e inderogabili per tutti.

Secondo la teoria sostanzialista, la mancata instaurazione del contraddittorio da parte del giudice su una questione legittimamente rilevata d'ufficio, costituisce un cattivo esercizio del corrispondente potere, dal quale deriva l'impossibilità per le parti di esercitare i connessi poteri processuali. Ciò determina la nullità dell'atto compiuto dal giudice, ma tale nullità, dovuta alla violazione del contraddittorio, non sarà automatica.

Poiché il principio del contraddittorio è semplicemente strumentale rispetto al vero scopo del processo, che è quello di addivenire ad una decisione giusta, soltanto quando la mancata realizzazione della contrapposizione dialettica tra le parti, abbia generato un impedimento per le parti di proporre argomenti o difese

---

<sup>1279</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

<sup>1280</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*

che avrebbero potenzialmente condizionato o influito sulla decisione (circostanza che è onere della parte impugnante dimostrare), ciò si riflette sulla sentenza resa al termine del procedimento e ne determina la nullità<sup>1281</sup>.

La teoria intermedia<sup>1282</sup>, invece si era espressa a favore della nullità, in ogni caso, della sentenza pronunciata in violazione del contraddittorio ed aveva altresì rimarcato la necessità che l'impugnazione dovesse essere supportata, oltre che dalla censura consistente nella violazione del contraddittorio, anche dalla concreta indicazione degli elementi che la parte impugnante afferma di non aver potuto addurre a causa della violazione della garanzia, per esigenze legate all'ambito della cognizione del giudice dell'impugnazione. Visto che il giudice dell'appello è in grado di porre rimedio alla violazione e di pronunciare, conseguentemente, nel merito; il soccombente dovrà enucleare, nel contesto dell'atto di impugnazione, e consequenzialmente alla denunciata nullità della sentenza, il *quid novi* che egli avrebbe addotto se la questione rilevata d'ufficio gli fosse stata segnalata<sup>1283</sup>.

Successivamente alla modifica dell'art. 101 c.p.c. il quadro è mutato.

L'espressa comminatoria di nullità prevista dalla norma novellata dovrebbe aver risolto il problema di costruire in via interpretativa una sanzione per la sentenza emessa in violazione del contraddittorio<sup>1284</sup>; pare invece, che continui a rimanere una questione aperta il regime al quale la nullità è assoggettata<sup>1285</sup>.

Le prime posizioni interpretative si sono assestate prevalentemente sullo schema fornito dall'impostazione sostanzialista. In altri termini, la nullità comminata dal comma 2° dell'art. 101 c.p.c. è nullità della sentenza per *error in procedendo*, derivante dalla mancata attuazione del contraddittorio. In base a questa ricostruzione, il regime a cui tale nullità è assoggettata è dunque quello generale disciplinato dagli artt. 156, 157 c.p.c., con la conseguenza che la violazione del contraddittorio non comporterà automaticamente la nullità della decisione resa sulla lite. Poiché il principio del contraddittorio è semplicemente strumentale

---

<sup>1281</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 170 e ss..

<sup>1282</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1283</sup> LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio*, cit., 1614

<sup>1284</sup> Il condizionale è d'obbligo in quanto bisogna osservare che l'art 101 comma 2° c.p.c., sotto questo profilo, appare particolarmente poco chiaro: la singolare collocazione dell'inciso “a pena di nullità”, inserito tra le parole “assegnando alle parti” e “un termine”, nonché l'assenza di un referente oggettivo della nullità stessa potrebbero sollevare il dubbio in ordine a quale sia il vero oggetto dell'invalidità (il provvedimento o la riserva di decisione?).

<sup>1285</sup>



rispetto al vero scopo del processo, che è quello di addivenire ad una decisione giusta, soltanto quando la mancata realizzazione della contrapposizione dialettica tra le parti abbia per loro generato un impedimento per proporre argomenti o difese che avrebbero potenzialmente condizionato o influito sulla decisione (circostanza che è onere della parte impugnante), ciò si rifletterà sulla sentenza resa al termine del procedimento e ne determinerà la nullità *ex art. 101 comma 2° c.p.c.*<sup>1286</sup>.

Il modello procedurale strumentale e il valore del contraddittorio come strumento epistemico, proposti nel corso della trattazione, tuttavia, inducono a preferire una differente ricostruzione. Pur in presenza di una espressa comminatoria di invalidità, la violazione della garanzia del contraddittorio posta in essere dal giudice genera una nullità assoluta, di carattere extraformale<sup>1287</sup>. Se questa si verifica nel giudizio di primo grado, avviene la conversione della nullità in motivo di gravame (art. 161 c.p.c.), con la conseguenza che la nullità può essere fatta valere con l'appello mediante la proposizione di un motivo specifico di impugnazione. Ciò che seguirà all'avvenuto riconoscimento ad opera del giudice d'appello, della plausibile sussistenza della denunciata violazione del contraddittorio, dipende dalla natura della questione che ha sofferto dell'assenza del contraddittorio, oltre che dalla scelta difensiva dell'appellante<sup>1288</sup>. Se infatti quest'ultimo si è limitato a far valere la violazione del contraddittorio, ma senza entrare nel merito della causa, sarà compito del giudice d'appello attivare il contraddittorio e invitare le parti ad affrontare dialetticamente le questioni nei propri scritti difensivi<sup>1289</sup>. Se, invece, l'appellante ha affrontato nel merito la questione officiosamente rilevata censurando la decisione di primo grado e l'appellato, conseguentemente, abbia svolto le proprie repliche sul punto, allora il giudice d'appello potrà senz'altro decidere la controversia e la nuova decisione avrà effetto sostitutivo<sup>1290</sup>. Al termine delle attività di trattazione e di istruzione il giudice di appello deciderà nel merito la controversia. Se la nullità si verifica nel

---

<sup>1286</sup> GODIO, sub *art. 101*, in CONSOLO e DE CRISTOFARO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, cit., 61.

<sup>1287</sup> GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., cit.*, 170 e ss..

<sup>1288</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1289</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1290</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

giudizio di primo grado ma la parte soccombente non ha proposto specifica impugnazione sul punto, la nullità deve comunque essere rilevata d'ufficio dal giudice, il quale, in virtù della disposizione di carattere generale contenuta nell'art. 101 comma 2° c.p.c., è tenuto ad attuare in contraddittorio sulla questione che è stata posta a fondamento della decisione, concedendo alle parti i termini per lo scambio di memorie sul profilo indicato dal giudice.

Ovviamente, le ipotesi che precedono, presuppongono che il giudice d'appello ritenga che la questione illegittimamente sottratta alla contrapposizione dialettica delle parti, ad opera del primo giudice, sia un profilo da porre effettivamente a fondamento della decisione. Solo in questo caso si avrà in appello (sia che ci sia stata, sia che non ci sia stata l'impugnazione specifica dell'impugnante sul punto) l'apertura del contraddittorio su un profilo rilevante per la decisione<sup>1291</sup>. Qualora, al contrario, il giudice di secondo grado non condivida la posizione del giudice di primo grado e non rilevi tale questione da porre a fondamento della decisione, egli non sarà tenuto ad aprire il contraddittorio<sup>1292</sup>.

---

<sup>1291</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

<sup>1292</sup> ID., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., loc. cit.*.

## CONCLUSIONI.

La presente indagine si occupa del contraddittorio delle parti rispetto ai rilievi officiosi del giudice nel processo civile a cognizione piena. Il punto di maggior risalto dell' intero lavoro, è senz' altro relativo alla portata innovativa dell' art. 101 comma 2° c.p.c., introdotto con la l. 69/2009, collocato nelle disposizioni generali del codice, e dunque applicabile all' intero processo civile, con cui il legislatore ha finalmente risolto l' annosa questione delle sentenze “della terza” via, prevedendo la sanzione di nullità, nel caso in cui il giudice ponga a fondamento della decisione una questione rilevata d' ufficio, senza instaurare il previo contraddittorio delle parti sulla medesima questione. Con tale riforma è stato dunque posto finalmente termine agli accesi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali che hanno prevalentemente coinvolto l' applicazione dell' attuale comma 4° dell' art. 183 c.p.c., ovvero se tale disposizione dovesse essere interpretata come un vero e proprio obbligo per il giudice di indicare alle parti i rilievi officiosi di cui ritiene opportuna la trattazione, o semplicemente una mera facoltà.

In questa prospettiva, l' art. 101 comma 2° c.p.c., sembra configurarsi come un punto di arrivo per l' ordinamento, che recepisce a livello normativo i risultati conseguiti dall' elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul discusso problema delle decisioni “a sorpresa” e conseguentemente, la necessità di instaurare un contraddittorio effettivo e dinamico, vincolante anche per il giudice, in adempimento agli imperativi costituzionali del “giusto processo”, nel tentativo di improntare un processo ai canoni di giustizia. Allo stesso tempo però, rappresenta anche un punto di partenza, una sorta di scommessa per l' ordinamento giuridico, i cui esiti saranno definiti dal diritto vivente, a cui spetterà il compito di attribuire alla novità normativa, il rango di una innovazione capace di dare una svolta all' ordinamento, ovvero a relegarla allo *status* di mera regola formale, o peggio, addirittura una regola, posta a presidio del contraddittorio, ma sostanzialmente incapace di ridifenire positivamente l' assetto dei rapporti tra giudice e parti<sup>1293</sup>.

---

<sup>1293</sup> GAMBÀ, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la “scommessa aperta” dell' ordinamento processuale*, in TARUFFO (a cura di), *Il processo civile riformato*, Torino, 2010, 70-71.

Il nuovo art. 101 comma 2° ha certamente la potenzialità di allontanare il processo dalle prassi distorte che lo hanno, troppo spesso, allontanato dal suo scopo, ovvero l'accertamento del vero.

La versatilità del disposto potrà sondarsi in relazione alle ipotesi di presupposti processuali carenti, impugnazioni tardive, omessa assistenza o autorizzazione, irregolarità degli atti, procura mancante o incompleta<sup>1294</sup>. Il nuovo art. 182 c.p.c., con la sua previsione di sanabilità dei vizi della procura<sup>1295</sup>, non resterà lettera morta, ben potendo, l'art. 101 comma 2° c.p.c. promuoverne l'applicazione<sup>1296</sup>.

Affinchè la scommessa dell'ordinamento con la novità normativa, possa rivelarsi vincente, è sicuramente necessario che, agli sforzi dei conditori debba affiancarsi l'impegno degli operatori del diritto<sup>1297</sup>. Per poter istituire nell'ordinamento un contraddittorio effettivo ed un controllo efficace in sede di gravame, deve svilupparsi una diversa cultura del processo e delle istituzioni<sup>1298</sup>.

Particolare attenzione va rivolta alla verbalizzazione d'udienza, che reca il tracciato delle questioni, e all'esposizione del relatore, momento prodromico della discussione, ove si individuano fatti e punti controversi<sup>1299</sup>. Nei processi civili, non devono essere partoriti verbali, sprovvisti di indicazioni puntuali, riproduttivi di situazioni pressoché immaginate o attestanti la presenza di soggetti mai comparsi, spesso frutto di una prassi sbrigativa che soprassiede all'esposizione del relatore<sup>1300</sup>.

Nonostante il carico, sempre più gravoso, dei ruoli possa costituire un'attenuante, non possono ammettersi esenzioni dell'ufficio dal dovere di conoscere, prima delle udienze, l'oggetto della discussione, che oltre a favorire la speditezza del rito, promuoverebbe l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio sin dall'inizio, prevenendo le note conseguenze<sup>1301</sup>.

---

<sup>1294</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo art. 101 comma 2, cod. proc. Civ.*, in *Teoria e storia del dir. Priv.*, V, 2012, 58 e ss..

<sup>1295</sup> DALFINO, *Difetto di rappresentanza, assistenza, autorizzazione; nullità della procura al difensore*, in *Foro it.*, 2009, V, 288.

<sup>1296</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 58 e ss..

<sup>1297</sup> ID., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, loc. cit.

<sup>1298</sup> ID., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, loc. cit.

<sup>1299</sup> ID., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, loc. cit.

<sup>1300</sup> ID., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, loc. cit.

<sup>1301</sup> ID., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, loc. cit.

La nuova disposizione investe il giudice del potere-dovere di attivare immediatamente il contraddittorio, procedendo ad un esame scrupoloso del materiale di causa fin dalle prime battute del processo. Solo un sollecito ed accurato esame della controversia, compiuto *in limine litis* e protrato costantemente nel corso di tutta la trattazione, può infatti permettere al giudice di individuare le questioni delle quali sia opportuna e necessaria la trattazione in contraddittorio nelle sedi processuali a ciò appositamente preposte, ossia nel corso della prima udienza di trattazione<sup>1302</sup>. La sanzione della nullità dovrebbe indurre i giudici a studiare approfonditamente la causa fin dall'inizio del processo, allo scopo di attivare il contraddittorio preventivamente su questioni rilevate d'ufficio che potrebbero condurre ad una più celere fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni per la riserva in decisione. In virtù del nuovo art. 101 comma 2° c.p.c. dovrebbe essere cioè invertita la tendenza dei giudici ad accostarsi ad uno studio serio ed approfondito della controversia soltanto nell'imminenza della decisione, incrementando le ipotesi di celere rimessione in decisione della controversia<sup>1303</sup>.

La disposizione dell' art. 101 comma 2° c.p.c., sarebbe suscettibile di una applicazione estesa, data la collocazione nelle disposizioni generali del codice di rito, discende la compatibilità della stessa con ogni fase o grado del processo. Nonostante il tenore testuale dell'art. 101, comma 2° c.p.c., si riferisca alla sola fase di decisione, è innegabile che sia, comunque, doverosa la segnalazione, da parte del giudice, delle questioni sin dalla prima udienza di trattazione;

In questo senso, è corretto ritenere che l'art. 101 comma 2° c.p.c. vada considerato come una norma di chiusura, posta a presidio della regola generale - espressa dal combinato disposto dell'art. 101 comma 1° c.p.c. nonché dell'art. 183 comma 4° c.p.c; - secondo la quale il giudice è tenuto, fin dalle prime battute della fase di trattazione, ad indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.

Avrebbe fatto bene il legislatore se, a scanso di equivoci, avesse disposto che “in ogni momento” sussistesse l'obbligo del giudice di assegnare il termine a difesa. In

---

<sup>1302</sup> ID., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, loc. cit.

<sup>1303</sup> ID., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, loc. cit.

tal modo sarebbe possibile estendere la norma anche alle ipotesi in cui a compiere il rilievo sia, per la prima volta, il giudice d'appello o la cassazione.

Secondo la lettura normativa si deduce chiaramente che il giudice ai sensi dell' art. 183 comma 4° c.p.c. indica nel corso della prima udienza, le questioni rilevabili d' ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione allo scopo di stimolare le parti a formulare richieste istruttorie funzionali ai rilievi officiosi. Se però ciò non avvenga interviene il disposto dell' art. 101 comma 2° c.p.c. , che in fase decisionale, impone al giudice l' assegnazione dei termini previsti per favorire le difese delle parti sulla questione officiosa, rappresentando dunque uno strumento sussidiario e auspicabilmente eccezionale.

Inoltre è preferibile ravvisare in tale disposizione una ipotesi di spazio difensivo ad ampiezza elastica, da calibrare in considerazione della natura della questione rilevata d'ufficio dal giudice, e tale da non escludere una vera e propria riapertura della fase di trattazione e di istruzione, laddove si rendesse essenziale.

Con la novella normativa, si rende necessario un ruolo attivo dell'organo giudicante nell' esercizio dei suoi poteri di direzione materiale del processo e di attuazione del contraddittorio. L' idea di contraddittorio non deve corrispondere a una libera contrapposizione dialettica delle parti, bensì di una parte integrante degli strumenti di cui il giudice si serve per esercitare nel modo migliore i suoi poteri decisorio, creando una complementarietà strutturale tra diritto di difesa delle parti e poteri del giudice, con la finalità dell' accertamento del vero.

Sarebbe opportuno ravvisare nella previsione del dovere del giudice di instaurazione del dibattito delle parti sui rilievi officiosi posti a fondamento della decisione ex art. 101 comma 2° c.p.c., non una sorta di limite posto all'esplicazione dei suoi poteri decisorio, bensì l' assunzione di un ruolo determinante per il giudice, nell'attuazione dei principi e delle regole processuali che permettono un corretto funzionamento del processo, in quanto queste ultime influenzano il contenuto e la qualità della decisione.

L' attuazione del contraddittorio assumerebbe dunque, un valore strumentale, volto alla costruzione di una decisione più giusta, e al contempo, alla realizzazione della migliore difesa delle parti.

Nell' evoluzione dell'elaborazione giurisprudenziale italiana, (antecedente alla modifica dell' art. 101 c.p.c.), per lungo tempo, un consolidato orientamento

sostanzialista, era attestato sulla validità delle sentenze “a sorpresa”, in quanto configurava come mera facoltà del giudice l’indicazione alle parti di eventuali questioni rilevate d’ufficio. Solo in epoca recente la Suprema corte, con un atteggiamento garantista, ha dichiarato la nullità della sentenza fondata su una questione rilevata d’ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti, con la “rivoluzionaria” sent. Cass. 14637/2001, frutto dell’annosa riflessione dottrinale, e della riforma costituzionale sul “giusto processo”, che ha necessitato l’adeguamento del processo civile agli imperativi costituzionali.

Il contrasto tra impostazione sostanzialista e garantista coinvolgeva inevitabilmente da molti anni pure la dottrina, con interessanti elaborazioni al fine di porre soluzione alla questione delle sentenze di “terza via”.

Seppur con alcune decisioni di impostazione sostanzialista, l’orientamento giurisprudenziale successivo alla sentenza “rivoluzionaria” del 2001, ha saputo ben recepire il mutamento, e con l’introduzione dell’art. 101 comma 2° c.p.c., la questione sembrerebbe definitivamente risolta.

In realtà però molti dubbi sono tutt’ora ancora da chiarire, come appunto la necessità o meno di un pregiudizio cagionato alla parte soccombente, funzionalmente alla violazione del contraddittorio da parte del giudice, affinché possa applicarsi la sanzione di nullità, e di conseguenza la parte possa far valere nel grado successivo, le difese che avrebbe potuto far valere nel grado precedente. Nonostante il legislatore non abbia esplicitamente chiarito questo punto, e nonostante il contrasto di opinioni, sembrerebbe che la sent. Cass. 20935/2001, possa rappresentare un momento di sintesi e componimento tra orientamento garantista e sostanzialista, stabilendo che ferma restando una violazione “deontologica” per il giudicante, in caso di decisione in violazione del dovere di instaurazione del contraddittorio sui rilievi officiosi, la nullità non può esser sempre *ipso facto* predicata. Se la decisione della lite debba rappresentare una soluzione della lite giusta, basata sul trilaterale dialogo tra attore, convenuto e giudice, coerentemente, la violazione del contraddittorio ricorrerà con la sussistenza della causalità del vizio, ossia il pregiudizio per la parte soccombente. Dunque l’impugnativa sarà inammissibile per carenza di interesse, quando la violazione del contraddittorio si riveli innocua.

Secondo una magistrale elaborazione di Consolo, di fronte all'inequivoca dizione dell'art. 101 comma 2° c.p.c., sembrerebbe non più dubitabile che il difetto del contraddittorio determini la nullità della sentenza, non essendo più sostenibile la sua mancanza in origine; tuttavia è riuscito ad elaborare una possibile sanatoria del vizio per mancanza dello scopo dell'atto omesso.

In tale ipotesi si evidenzia che nessuna attività difensiva (ad es. allegazione, istruttoria), sia stata impedita alle parti, quindi il contraddittorio omesso, se debitamente attivato, sarebbe comunque risultato privo di scopo. Si tratta dunque di una sanatoria per carenza di scopo dell'atto omesso, che è destinata ad operare in sede di gravame, nel caso in cui, il soccombente, menomato nel suo diritto di difesa, non sia riuscito a dimostrare con l'atto di impugnazione, quali specifiche attività difensive, non ha potuto svolgere nel grado precedente, per cercare almeno in parte di prevalere, qualora gli fossero stati concessi gli adeguati spazi dialettici.

In realtà la carenza di interesse è solo impropria perchè la emersione della mancanza di causalità del vizio, in termini di concreto pregiudizio per la parte soccombente, non fa venir meno l'interesse per impugnare, ma determina la sanatoria del vizio denunciato, con conseguente necessario rigetto nel merito dell'impugnazione (ove fondato solo su questo).

Pure pronunce successive (Cass. 6051/2010, Cass. 9072/2010, Cass. 10062/2010, Cass. 9591/2011) hanno avvalorato la necessità della prospettazione di un pregiudizio concreto del ricorrente in relazione alla violazione del contraddittorio, e la necessità che il ricorrente stesso indichi in appello, le attività processuali precluse in primo grado, in conseguenza dell'omesso preventivo contraddittorio.

Difatti come magistralmente osserva Luiso (e viene similmente ribadito nelle pronunce Cass. 6051/2010 e Cass. 9591/2011): nel giudizio d'appello la parte non può limitarsi a censurare la violazione del contraddittorio, ma deve altresì indicare concretamente gli elementi di cui si sarebbe servita se il giudice l'avesse posta in condizione di proporre le difese in contrapposizione dialettica con la controparte. Anche se per Luiso tale ricostruzione, non è tanto dettata dalla necessità di supportare il motivo di impugnazione, della dimostrazione della violazione effettiva e concreta, quanto per esigenze legate all'ambito della cognizione del giudice dell'impugnazione.



Per Chiarloni, la violazione del contraddittorio deve essere tale da non aver permesso alla parte di far prendere alla controversia, con allegazioni successive, una strada alternativa che le consenta di pervenire ugualmente alla desiderata vittoria.

La necessità di limitare le ipotesi di impugnazione è nata dal pericolo di incentivare impugnazioni pretestuose, tali da premiare gli intenti dilatori della parte che ha torto.

I contrapposti modelli ermeneutici garantista e sostanzialista propongono livelli corretti, ma parziali di lettura del problema e mettono in evidenza profili che forse dovrebbero essere fusi e compenetrati, perché si possa comporre un quadro più completo. Sommariamente il modello garantista rischia di cadere nel circolo vizioso che consiste nel considerare *a priori* come giusta, qualunque decisione che derivi da un processo che assicuri la piena attuazione delle garanzie costituzionali, arrestandosi al c.d. “formalismo delle garanzie” come condizione necessaria e sufficiente per la giustizia del processo. La nullità della decisione viene ravvisata nella violazione della garanzia del contraddittorio, ovvero nel mancato rispetto dell' obbligo necessitato del giudice di indicazione alle parti dei rilievi officiosi, riconducendosi al novero delle nullità extraformali.

Il modello sostanzialista valorizza le caratteristiche qualitative e sostanziali della decisione, dando ampia prevalenza alla qualità della decisione, rispetto alla pienezza dell' attuazione delle garanzie costituzionali; quasi che la piena attuazione del contraddittorio o la sua mancanza possano essere elementi sostanzialmente irrilevanti, laddove rimanga ferma la giustizia e la correttezza della decisione finale. Pur dovendosi riconoscere l' obbligo del giudice di sottoporre al contraddittorio delle parti le questioni rilevate d' ufficio, si avrebbe la nullità della sentenza in caso del suo inadempimento, esclusivamente nel caso in cui il rilievo “a sorpresa” abbia determinato l' apertura a sviluppi della lite fino a quel momento non considerati, impedendo effettivamente alle parti l'esercizio del diritto di difesa.

A questo riguardo, si rende necessario trovare una soluzione alternativa che possa coniugare i pregi dei due orientamenti, colmando per quanto possibile i limiti che in essi si rilevano. L' elaborazione interpretativa che meglio si addice a conferire una risposta è il modello strumentale di giustizia procedurale, dato che si presta in

modo particolare a mettere in diretta correlazione il parametro generale del “giusto processo” non soltanto con il processo che assicuri l'attuazione delle garanzie minime della Costituzione, ma anche con il processo che permetta di addivenire a decisioni che siano qualitativamente “giuste”. In tal modo le garanzie, oltre che presidio della correttezza del procedimento sono, al contempo, strumentalmente e funzionalmente collegate alla produzione di una “giusta decisione”.

La distinzione tra nullità formale ed extraformale, pur avendo avuto un gran peso prima dell' introduzione dell' art. 101 comma 2° c.p.c., attualmente, dato che la nullità è espressamente prevista, non comporta divergenze dal punto di vista applicativo della sanzione di nullità, e nel modo in cui tale vizio dovrà esser fatto valere in sede di impugnazione.

La violazione del contraddittorio può compiersi anche in appello, e nel corso del giudizio di cassazione.

Nel caso di violazione in appello, è possibile far valere il vizio, innanzi alla Suprema Corte, con ricorso ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c..

Nel caso di violazione in cassazione, si ha l' applicazione dell' art. 384 comma 3° c.p.c., introdotto con la novella del 2006, dal contenuto simile al disposto dell' art. 101 comma 2° c.p.c.. Tra le due norme sussistono divergenze concernenti l' ampiezza dei termini assegnati alle parti, per poter replicare al rilievo officioso, ma la sostanziale difformità consiste nella mancata previsione, nell' art. 384 comma 3°, di una sanzione di nullità della pronuncia in caso di violazione del contraddittorio. Dunque nella difficoltà di elaborare un rimedio in caso di violazione, è stata proposto l' utilizzo della revocazione e del ricorso alla Corte europea dei diritti dell' uomo.

Tra le altre critiche, che si possono rivolgere al legislatore, oltre a quella di non avere testualmente subordinato la comminatoria della nullità ad alcun requisito di nocività del vizio, può sollevarsi quella, di non aver espressamente previsto, con lo stesso modello della fissazione di un termine dai 20 ai 40 giorni, per il deposito in cancelleria di memorie, anche la concessione di un ulteriore termine, in modo tale da attribuire alle parti, oltre alla possibilità di replicare al rilievo officioso, anche quella di replicare alle deduzioni avversarie con note di replica. Una simile previsione è, ad esempio, espressamente contenuta nell' art. 183 comma 8° c.p.c.,

dove le parti, dopo aver replicato nei confronti del giudice con i mezzi di prova necessari, in relazione ai rilievi istruttori officiosi, possono replicare a loro volta tra loro, depositando memorie di replica entro il termine perentorio assegnato dal giudicante.

Tuttavia, se “il tempo è galantuomo”, sarà il diritto vivente a definire le sorti della scommessa aperta dell' ordinamento giuridico con la novità normativa.

Dinanzi ad un disposto che ha valenza di principio, non è dato ricorrere ad interpretazioni restrittive<sup>1304</sup>, visto che per realizzare un contraddittorio effettivo significa transitare dal processo al giudizio, aderendo a pieno alle garanzie fondamentali<sup>1305</sup>.

Valorizzare l'art. 101 comma 2° c.p.c., significa ammettere che l' accertamento della verità è la prima delle garanzie processuali, e che, per tendervi, si rende necessario abbandonare i pregiudizi, estirpare prassi radicate e schemi mentali diffusi; del resto, non v'è luogo più adeguato del contraddittorio per la messa alla prova delle certezze precostituite.

Il contraddittorio non è garanzia di verità assoluta, né garanzia fine a sé stessa, da tutelare sempre e comunque, a prescindere dalla giustizia della sentenza prodotta: è piuttosto, lo strumento per l' accertamento di una verità, che deve essere sottoposta, con umiltà e sapienza, a continua revisione, con la finalità di accostarsi sempre più in funzionale collegamento con la produzione della giustizia della decisione.

---

<sup>1304</sup> Come, invece, la giurisprudenza pare stia facendo (cfr. Cass. sez. un. 30 settembre 2009, n. 20935, nonché, se pur con riferimento all'art. 384, comma 3° c.p.c., Cass. 7 luglio 2009, n. 15901).

<sup>1305</sup> GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d' ufficio*, 58 e ss..

#### BIBLIOGRAFIA:

1. ANDOLINA - VIGNERA, *Il modello di costituzionalità del processo civile italiano*, Torino, 1990, 162.
2. ANDRIOLI *Commento al codice di procedura civile*, 3° ed., Napoli, 1957, I, 282-283.
3. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 2° ed., Napoli 1956, II, 81- 82.
4. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 368 e ss..
5. ANDRIOLI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, in *Temi romana*, 1964, 444 e ss..
6. ANDRIOLI, *Un po' di "Materiellejustizrecht"*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1984, 960.
7. ANGIULI, nota a Cass.. sez. II, 25 gennaio 2000, n. 822, in *Giur. it.*, 2000, I, 2040.
8. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità.*, Milano, 2011, 238-252.
9. ANSANELLI, *Problemi di corretta utilizzazione della prova scientifica*, in *Riv. Trim.*, 2002, 1348.
10. ANSANELLI, *Riforme in tema di utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile. Brevi rilievi critici*, in *Il giusto processo civile*, 2009, vol. 4, fasc. 3, 924 e ss..
11. ANSANELLI, *Violazione dell'equoprocesso, rimedi processuali e ruolo del giudice*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 441 ss..
12. ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *Judicium.it*, §3.
13. ATTARDI, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.*, 1991, V, 393.
14. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, 302.

15. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983.
16. BALENA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, V, 326.
17. BALENA, *La nuova pseudo riforma della giustizia civile*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2009, fasc.3.
18. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra Concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Relazione al XXV Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Cagliari, 6-8 ottobre 2005)*, ora in *Giusto proc. civ.*, 2006, 45 ss., spec, 93 ss..
19. BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. It.*, 2006, IV, 76-77, 99, 283 nota n. 59.
20. BALENA, *Onere di contestazione delle avverse pretese*, in *Guida al dir.*, 2009, 110.
21. BASILE, *Le riforme del processo: il giardiniere incostante e i suoi trapianti. (Alla radice di uno sradicamento)*, in *Corr. giur.*, 2010, I, 134.
22. BASILICO, POLI, nota a Cass. sez. un. 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 263.
23. BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1938 ,583.
24. BEATRICE, *Principio del contraddittorio*, in *Nuovo processo civile, Il civilista*, Milano, 2009, 20.
25. BENABENT, *L'art. 16 n.c.p.c. version 1981*, in *Dalloz*, 1982, chron., 55.
26. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 738.
27. BERNINI, in CECHELLA (a cura di), *Processo civile*, Milano, 2011, 110.
28. BESSO, *La consulenza tecnica d' ufficio e l' accertamento tecnico preventivo dopo le riforme processuali del 2005*, in *Giur. it.*, 2007, 2056, 2526 e ss..
29. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2° ed., Roma, 1936, 87-89.
30. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, 147.

31. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 131, 134;
32. BOLARD, *Les judge et les droits de la défense*, Mèlanges Bellet, 1991, 49.
33. BOVE - SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, 40-41.
34. BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 479 e ss., 491.
35. BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Judicium.it*.
36. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2004, 1007, 1019.
37. BOVE: *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702 bis ss. c.p.c.*, in *Judicium.it*.
38. BRACCIALINI, *Spunti tardivi sul giusto processo*, in *Questione giustizia*, 2005, 1208.
39. BRIGUGLIO, *Il nuovo rito ordinario di cognizione: meno udienze, più preclusioni (dalla l. n. 80/2005, alla l. n. 263/2005)*, in *www.judicium.it*, par. 4,2.
40. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Judicium.it*.
41. BRIGUGLIO, *Pluralità di riti e variazione del rito innanzi alla Corte di cassazione*, in *Il giusto processo civile*, 2007, 501-510.
42. BRONZINI, *L'attività del consulente tecnico d'ufficio*, in *Nuovo dir.*, 1988, 848 ss..
43. BUONCRISTIANI, *I poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro e il principio del contraddittorio: obbligo di capitolazione della prova testimoniale*, nota a Pret. Pisa 18-4-1989, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 2213-2219.
44. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101 comma 2° c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Judicium.it*, e in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 402-410, 412, 414- 415.

45. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2001, 114 e ss., 190 e ss., 196, 212-213, 221.
46. CALAMANDREI "Il processo come giuoco", in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1950, 23, 26-27 e 51.
47. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1941, 184;
48. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 25.
49. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova 1954, 128 e ss..
50. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. Dir. proc. Civ.*, 1950, 278 e ss..
51. CALOGERO, *Logo e dialogo*, Milano, 1950.
52. CANTÙ-TESTA, *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Milano, 2006.
53. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza e varietà in Opere*, V, Milano, 1959, 63,71.
54. CAPONI, *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di CIVININI-VERARDI, Milano, 2001, 281.
55. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 15 settembre 2009, 139 ss.
56. CAPONI, *La causa non imputabile nella disciplina della rimessione in termini nel processo civile*, in *Foro it.*, 1998, I, 2658.
57. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 424.
58. CAPONI, nota a Cass. 14 gennaio 2002, n. 349, in *Foro it.*, 2002, I, 2764.
59. CAPONI, nota a C. Cost. 26 novembre 2002, n. 477, in *Foro it.*, 2003, I, 13.
60. CAPONI, *Rimessione in termini: estensione ai poteri di impugnazione (art. 153 c. 2 c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2009, 285.

61. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1961, 1286.
62. CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1961, 266.
63. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, I, 70, 79, 92, 170, 270, 302 e ss..
64. CAPPELLETTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 395 ss.
65. CAPPELLETTI, *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Giur. it.*, 1968, 16 e ss.
66. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna 1969, 499 e ss.
67. CAPPONI e VERDE volume *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo»*, Napoli, 2002;
68. CAPPONI, *Il giusto processo civile e la riforma dell'art. 111 Cost.*, in *Giudice di Pace*, 2000, 203.
69. CAPPONI, in VACCARELLA -CAPPONI - CECCHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 88, 90;
70. CAPPONI, *Note sui nuovi artt. 180 e 183 c.p.c.*, in *Foro it.*, 1996, I, 1080-1081.
71. CAPPONI, *Passato e presente dell'art. 183 c.p.c. (in punta di penna sulla legge 80/2005)*, in *Judicium.it*, par- 4.
72. CAPPONI, *Trattazione della causa, ruolo del giudice, cultura del contraddittorio nel d.d.l. Mastella sulle «Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile»*, in *Judicium.it*.
73. CARAMAZZA, nota a Cass., 28 gennaio 1987, n. 797, in *Società*, 1987, 496.
74. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un 'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).



75. CARNELUTTI *Lezioni di diritto processuale civile*, III, 2, Padova 1923, 342-344.
76. CARNELUTTI, *Nullità della consulenza di parte*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1955, II, 292.
77. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 100.
78. CARNELUTTI, *Eccezione ed analisi nell' esperienza*, in *Riv. Di dir. Proc.*, 1960, 649.
79. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in *Riv. dir.proc.*, 1951, 101.
80. CARNELUTTI, *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milano, 1937, 49.
81. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, 334;
82. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile*, I, Roma, 1956, 3, 20,
83. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 1933, II, Padova, 154-155.
84. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 61;
85. CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1949, 165, 168.
86. CARNEVALE, *La fase a cognizione piena*, in AA.VV., *I processi di separazione e divorzio*, II ed., Torino, 2011, 103.
87. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. Proc.*, 2001, 100.
88. CARRATTA, *Il filtro al ricorso in Cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur. it.*, giugno 2009, 5, 8.
89. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 180 e ss., 267 e ss..
90. CARRATTA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell' "istruzione sommaria"*, prime applicazioni, in *Giur. it.*, 2010, 903.

91. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 27 e ss., 36 e ss., 53.
92. CARRATTA, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di CHIARLONI, Bologna 2007, I, 503 ss.;
93. CARTUSO, in *La riforma del giudizio di cassazione* a cura di CIPRIANI, Padova, 2009, sub. Art. 384, .340.
94. CATALDI, *Rapporti tra giudice e consulente tecnico nel processo civile: esecuzione dell'incarico*, in *Giur. mer.*, XII, 2007, 3087, 3089-3090.
95. CAVALLA, *A proposito della ricerca della verità nel processo*, in *Verifiche*, XIII, 1984, 469.
96. CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d' ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, 11 e ss., 71 e ss., 76, 89, 105, 107-108, 109-114, 115 nt. 58, 118, 121, nt. 66;
97. CAVALLINI, *Il nuovo art. 183 e la riforma della trattazione della causa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 241, 249.
98. CAVALLINI, *Le nuove norme del procedimento di cognizione di primo grado*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, 747 e ss.;
99. CAVALLONE , *Crisi delle “Maximen” e disciplina dell’istruzione probatoria*, in *Riv. dir. Proc.*, 1976, 678 e ss..
100. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, 679.
101. CAVALLONE, *In difesa della ‘veriphobia’ (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 1 ss.;
102. CECCHELLA, *Contraddittorio e preclusioni (note intorno alla novella sul processo civile)*, in *Giust. civ.*, 1991, II, 457-458.
103. CECCHELLA, *Diritto processuale civile. Il processo civile dopo venti anni di riforme (1990-2010)*, Milano, 2010, 213, 543.
104. CECCHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, 61.

105. CECCHELLA, in CECCHELLA, AMADEI, BUONCRISTIANI, *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, Milano, 2006, 20-21.
106. CECCHELLA, *La cornice della consulenza tecnica. Il punto di vista dell' avvocato*, in *Relazione al Convegno "La consulenza tecnica nelle crisi familiari: la cornice, il metodo, l'etica*, Verona, 7-9 giugno 2007, par. 3.
107. CECCHELLA, *Limiti all'iniziativa istruttoria del giudice del lavoro: le preclusioni all'attività difensiva delle parti e la regola dell'onere della prova*, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 789-790.
108. CECCHETTI, voce *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, in *Enc.Dir, aggiornamento, vol. V*, Milano, 2001, 595 e ss..
109. CENTOFANTI, nota a Cass. Sez. Un. 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, 227.
110. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili: struttura e funzione*, Padova, 1975, 594 n. 73
111. CEVA, *Giustizia e conflitti di valori. Una proposta procedurale*, Milano, 2008, 55 e ss., 75 e ss..
112. CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Roma-Bologna, 1992, 175.
113. CHIARLONI, *Efficienza della giustizia, formalismo delle garanzie e sentenze della terza via*, in *Giur. it.*, 2011, 208-209.
114. CHIARLONI, *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 1999, 410.
115. CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il fallimento*, 2002, 257 e ss..
116. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali , giustizia della decisione*, in *Riv. Trim.dir. Proc. Civ.* 2008, 129 e ss., 144-146.
117. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 453 ss, 1011;

118. CHIARLONI, *La sentenza “della terza via” in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, nota a Cass., 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giur. It.* 2002, I, 1362- 1365.
119. CHIARLONI, *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 171-184.
120. CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1992, 659, 668.
121. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d' ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1987, 575-582., ora in *Formalismo e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino 1995.
122. CHIARLONI, *Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2004, II, 507.
123. CHIOVENDA, *Sulla eccezione*, in *Saggi di diritto processuale civile, I*, Roma, 1930, 149 e ss.;
124. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione del processo di cognizione*, Milano, 1981, 98.
125. CIVININI, *L'interrogatorio libero delle parti e dei loro difensori*, in *Il nuovo processo civile e il giudice di pace, Quaderni del C.S.M.*, 1997, Vol. II, n. 92, 108-110.
126. CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, V, 1-9.
127. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. Proc.* 1975, 582 e ss..
128. COLESANTI, *Enrico Tullio Liebman e la teoria dell' azione e dell'eccezione*, in *AA.VV. Enrico Tullio Liebman oggi. Riflessioni sul pensiero di un maestro, Atti del Convegno (Milano, 24 ottobre 2003)*, Milano, 2004, 10 e ss., spec. 27 e ss..
129. COLESANTI, in *Enc. Del dir., voce, Eccezione, (Dir. Proc. Civ.)*, XIV, Milano, 1965, 172 e ss.;

130. COMASTRI, *Giudizio di cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, Torino, 2012, 189-192, 212-222.
131. COMOGLIO, *Contraddittorio*, Dig. Disc. Priv., sez. civ., IV, Torino 1989, 3.
132. COMOGLIO, 'Terza via' e processo 'giusto', in Riv. dir. Proc., 2006, 755-762.
133. COMOGLIO, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in Riv. Dir. proc., 2009, § 2, 1686 ss.
134. COMOGLIO, *Etica e tecnica del 'giusto processo'*, Torino, 2004, 71-77, 176-178, 353 nt. 60;
135. COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Bologna 2006, 77-78, 405.
136. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1994, 1064 ss.
137. COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1991, 639 ss.;
138. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 145-146, 153-154.
139. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 1998, 492, 874, 880.
140. COMOGLIO, *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 176.
141. COMOGLIO, nota a Cass., 5 agosto 2005, n. 16577, in Riv. Dir. proc., 2006, 747 e ss..
142. COMOGLIO, *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in Riv. dir. Proc., 1998, 987.
143. COMOGLIO, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Libro dell'anno del Diritto*, in Treccani.it, 2012, par. 1.2.
144. COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996, 108-109.

145. COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, 1520-1521;
146. COMOGLIO, voce *Contraddittorio (principio del)*, *Aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1997;
147. CONSOLO - GODIO, in CONSOLO-DE CRISTOFARO, *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009, 'sub' articolo 101*, Milano, 2009;
148. CONSOLO - LUISO, *Codice di procedura civile commentato, I*, Milano, 2007, 1687.
149. CONSOLO, *Codice di procedura civile commentato, I*, Milano, 2010, 1132.
150. CONSOLO, *La trattazione della causa: gli art. 167, 180, 183, 184 - e altre disposizioni sul processo di cognizione- così come novellati dalle l. n. 80 e n. 263 del 2005*, in CONSOLO- MENCHINI- LUISO- SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, 34, n.t. 31, 51.
151. CONSOLO, *Le Sezioni unite sulla attivazione del causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorchè emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. Giur.*, 2010, 355e ss, 361 e ss.
152. CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via*, in *Corr. Giur.*, 2002, parr. 4 ss..
153. CONSOLO, nota a Cass. 4 febbraio 2000, n. 1228, in *Corr. Giur.* 2000, 1048.
154. CONSOLO, nota a Cass. sez. un. 30 settembre 2009, n. 20935, in *Corr. giur.*, 2010, 355.
155. CONSOLO, nota a Cass., 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Corr. giur.*, 2006, 507.
156. CONSOLO, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della 'terza via': conseguenze*, in *Corr. giur.*, 2006, 508 e ss.

157. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I*, Torino, 2008, 252 e ss., 258.
158. CONVERSO, *Il giudizio di appello*, in *Il nuovo processo civile e il giudice di pace*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della magistratura*, vol. III, 1997.
159. COSTA, in *Noviss. Dig. it.*, voce *Eccezione*, VI, 349 e ss..
160. COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e "il giusto processo civile". Le garanzie*, in *Atti del convegno dell' Elba (9-10 giugno 2000)*, Milano, 2001, 255 e ss..
161. COSTANTINO, *Il nuovo processo in Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 301.
162. COSTANTINO, *L'iter della riforma*, in *La riforma del giudizio di legittimità: la Cassazione con filtro*, in *Giur. It.*, giugno 2009, 3.
163. COSTANTINO, *La riforma del giudizio di legittimità: la Cassazione con filtro*, in *Giur. It.*, 2009, 3 e ss.
164. COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 1012-1015, 1053.
165. COSTANTINO, *Sull'accertamento pregiudiziale dell'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi*, in *Corr. Giur.* 1998, 966,
166. COUCHEZ, *Principe de la contradiction*, in *Juris classeur de procédure civile*, 1998, 12;
167. D'ASCOLA, *La nuova "prima udienza", con particolare riferimento agli incombenti del giudice istruttore. Preclusioni istruttorie*, in *Il nuovo processo civile e il giudice di pace*, Quaderni del C.S.M., 1997, n. 92, Vol. II, 47.
168. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile, I*, Torino 1951, 265;
169. DAHS JR, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, München und Berlin, 1965, 17-19, 23 ss., 28-31, 35-36;

170. DANOVI, *Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1998, 729.
171. DE CRISTOFARO, *Nuove prove in appello, poteri istruttori officiosi e principi del giusto processo*, in *Corr. giur.*, 2002, 116;
172. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1997, 206.
173. DENTI, *La giustizia civile*, Bologna, 2004, 149;
174. DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1967, 217, 220-224, 395 e 404 ss..
175. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contradditto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, 217-225.
176. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1972, 414 ss.
177. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 470;
178. DENTI-SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974, 116 e ss.;
179. DIDONE, *Appunti sul giusto processo di fallimento*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di CAPPONI e VERDE, Napoli, 2002, 103 e ss..
180. DIDONE, *Note in tema di rilievo officioso di una causa di inammissibilità del ricorso e principio del contraddittorio in Cassazione*, in *Giust. Civ.*, 2008, 5, 1232 e ss.
181. DONES, *Struttura e funzione della consulenza civile*, Milano, 1961, 3 e ss..
182. DUNI, STELLA, nota a C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giust. Civ.*, 2008, I, 49.
183. FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, 109 e ss., 123, 145, 149, 153, 168-169, 179-181, 245-249.



184. FABBRINI, in *Enc. Del dir., voce Poteri del giudice (dir. Proc. Civ.)*, XXXIV, Milano, 1985, 378;
185. FABBRINI, in *Enc. Giur., voce Eccezione, XII*, Roma, 1989, 1-3.
186. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, 245 e ss., spec. 264 e ss., 269.
187. FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., vol. XXXIV*, Milano, 1985, 734-736.
188. FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, V, 264-266.
189. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Riv. Dir. Proc.* 2006, 6 e ss..
190. FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Judicium.it.*.
191. FABIANI, nota a Cass. 23 ottobre 1995, n. 11018, in *Foro it.* 2000, I, 857.
192. FABIANI, nota a Cass., 5 agosto 2005, n. 16577, in *Foro, it.*, 2006, I, 3174.
193. FABIANI, *Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza. Nota alla sentenza della Cassazione Sez.II 27 luglio 2005, n.15705*, in *Foro it.* 2006; 3173-3182.
194. FAZZALARI, *Appunti sul rito del lavoro*, in *Giur. it.*, 1974, IV, 8.
195. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1958, 861 e ss..
196. FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione e la novella del 1990*, Torino, 1991, 20.
197. FAZZALARI, *L'imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 193 ss..

198. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma – Bari 2000, 8 e ss., 31, 43.
199. FERRAJOLI, *L'etica della giurisdizione penale*, in *Questione giustizia*, III, 1999, 489.
200. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit, I, 880 ss., II, 213 ss.
201. FERRARIS, nota a Cass., 27 luglio 2005, n. 15705, in *Nuova giur. comm.*, 2006, I, 820.
202. FERRARIS, *Obbligo del giudice di sottoporre alle parti le questioni rilevanti d'ufficio?*, nota a Cass., 27 luglio 2005, n. 15705, in *Nuova giur. Comm.*, 2006, I, 822 ss..
203. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinati*, XXXIII, Rimini, 1984, 1-5, 20 e ss., 50 ss., 54 ss., 64 ss., 113 e ss..
204. FERRI, *L'oggetto del contraddittorio, tra le parti*, in *Studi in onore di Allorio*, vol. I, Milano, 1989, 468 ss..
205. FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 780-784.
206. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2007, in part. 91 ss..
207. FERRUA, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in KOSTORIS (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, 5 ss..
208. FERRUA, *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio. II*, Torino, 1992, in part. 47 ss., 75 ss..
209. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *Rassegna Forense*, Milano, n. 3-4, 2011, 551-565.
210. FORNACIARI, *L'attività istruttoria nel rito civile ordinario: poteri delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. it.*, 1999, 438 ss., par. 15.

211. FORNACIARI, *La definizione del thema decidendum e probandum nel processo civile di rito ordinario (art. 183, commi 3, 4, 5 c.p.c.)*, in *Giust. civ.* 2002, II, 297 ss., par. 15.
212. FRUS, *Sul rispetto dell'onere di contestazione anche in caso di incolpevole ignoranza e sugli effetti della mancata contestazione*, in *Giur. it.*, 2010, 1668 ss., par. 5.
213. GAETA, *Del giusto processo civile*, in *Questione giustizia*, 2001, 917.
214. GALEOTTI, voce «*Garanzia costituzionale*», in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, 492 ss..
215. GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford 1996, 68.
216. GAMBA, *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la "scommessa aperta" dell' ordinamento processuale*, in TARUFFO (a cura di), *Il processo civile riformato*, Torino, 2010, 70-132, 160-170.
217. GENTILI, *Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2009, 748 e ss..
218. GHIRGA, *La riforma della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 442 ss., 452 ss..
219. GIACALONE, nota a Cass. Sez. Un. 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 645.
220. GILARDI, *Udienza di trattazione e preclusioni nel nuovo processo civile*, in *Questione Giustizia*, 1993, 639.
221. GILARDI, *Un progetto per la giustizia civile*, in *Questione Giustizia*, 1997, 340.
222. GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d' ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo art. 101 comma 2, cod. proc. Civ.*, in *Teoria e storia del dir. Priv.*, V, 2012, 1-63.
223. GIORDANO, in GIORDANO – LOMBARDI, *Il nuovo processo civile. Commento organico alla legge di riforma del processo civile*, Roma, 2009, 151 ss..

224. GIORDANO, *La sentenza della 'terza via' e le 'vie' d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una 'terza soluzione' del giudice civile*, in *Giur. it.*, 2009, 910-917.
225. GIULIANI, *Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, in *Atti X Convegno nazionale di filosofia giuridica e politica*, Milano 1975, 169.
226. GIULIANI, *Leibniz e la teoria dei fatti relazionali*, in *Riv. intern. fil. Dir.*, 1992, 253.
227. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico*, "Nuova retorica" e teoria del processo, in *Sociologia del dir.*, 1986, 81-84.
228. GIULIANI, voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. Dir. XXXVII*, Milano, 1988, 549 e ss..
229. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della 'terza via'*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 826 e ss., 842.
230. GRASSELLI, *L'istruzione probatoria nel processo civile riformato*, Padova, 2000, 62-63, 464..
231. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile, diretto da ALLORIO, I,2*, Torino, 1973, 1270 e ss..
232. GRASSO, *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. dir. Proc.*, 1993.
233. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1966, 580, 589-591, 608.
234. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio, I*, Milano, 1967, 245 e ss., 324, 326 e ss.
235. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da 'ultra' ed 'extra' petizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 410;
236. GRASSO, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione in primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 1992, 711 e ss., 724-729.

237. GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive del giudizio abbreviato?*, in *Cass. Pen.*, 2009, 3671 ss..
238. GROSSI, voce *Termine (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 242;
239. GUARNIERI e ZANNOTTI, *Giusto processo?*, Padova, 2006.
240. GUINCHARD - FERRAND, *Procédure civile*, Paris, 2006, 621.
241. HAMPSHIRE, *Justice is conflict*, 2000, Princeton, 2001.
242. HAMPSHIRE, *Non c'è giustizia senza conflitto*, trad. it. Di Bettini, Milano, 2001, in part, 13 ss..
243. HENKE, *Le violazioni del giudicato esterno tra ricorso per cassazione e revocazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, 505 ss..
244. IOZZO, nota a Cass. Sez. un. 25 gennaio 2001, n. 226 in *Foro it.*, 2001, I, 2810.
245. LA CHINA, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano 2003, 325.
246. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*.
247. LANFRANCHI, voce *Giusto processo (proc. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 2001, 11.
248. LAZZARO-GUERRIERI-D'AVINO, *L'esordio del nuovo processo civile*, Milano, 1997, 279-281.
249. LEONE, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Bari, 1942, 39.
250. LESSONA *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze, 1922.
251. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 551 ss..
252. LIEBMAN, *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*, in *La protezione giuridica del lavoratore – Il principio del contraddittorio nel processo civile penale e amministrativo*, Varese, 1968, 130-134.

253. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, 449;
254. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1957, 229;
255. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1981, II, 149.
256. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi.*, Milano, 2002, 151.
257. LIEBMAN, RICCI, *Manuale di diritto processuale civile in Principi*, Milano, 1992, 388.
258. LIND e TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York, 1988.
259. LOMBARDO, *La prova giudiziale. La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 404.
260. LUGO-BERRI, *Codice di procedura civile illustrato con i lavori preparatori e note di commento*, Milano, 1940, 96-97.
261. LUISO *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza rivoluzionaria?*, in *Judicium.it*, e in *Giust. civ.*, 2002, 1611-1615.
262. LUISO, *Diritto processuale civile II, Il processo di cognizione*, Milano, 2009, 60, 71-72, 127, 159, 162-163, 441.
263. LUISO, *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, Milano, 2009, 21, 38-39, 74-76.
264. LUISO, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 65, 80-83, 92, 96, 118-119, 168-171, 184-186, 192, 197-198, 204-205, 231-237, 288, 295.
265. LUISO, in CONSOLO, LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 1997, 680.
266. LUISO, in CONSOLO-LUISO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 147-148, 162-163, 387.
267. LUISO, in CONSOLO-LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 110;

268. LUISO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 26 ss..
269. LUISO, *Opinione espressa nell'ambito di un intervento sul nuovo art. 101 c.p.c.*, in occasione del Convegno della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, tenutosi a Bologna nel dicembre 2009.
270. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Judicium.it.*, 2009.
271. LUISO, *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. Trim. Dir. Proc.*, 2007, 605, 610.
272. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, 1-35.
273. MADRIOLI-CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 31
274. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2006, II, 101.
275. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, I*, Torino, 2009, 143 e ss..
276. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. 'non formali' degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1967, 320.
277. MANDRIOLI, *Nullità della citazione introduttiva fatta valere per la prima volta in cassazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1981, 627 ss..
278. MANZIN-MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, Milano, 2010.
279. MANZON, nota a Cass., sez. un., 16 Giugno 2006, n. 13916, in *Corr. giur.*, 2006, 1694 ss.
280. MARELLI, *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, Padova, 1996, 44, nt. 55.
281. MARTINETTO, *Contraddittorio (Principio del)*, in *Nss D.I., IV*, Torino, 1959, 460.

282. MARTINETTO, *Della nullità degli atti in Commentario del Codice di Procedura Civile*, diretto da ALLORIO, Vol. I, 2, Torino, 1973, 1597 e ss..
283. MARTINETTO, voce «Contraddittorio (principio del)», in *Novissimo Dig., App., Et*, Torino, 1981, 604 ss.;
284. MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost, tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. Pen.*, 2000, 790 ss..
285. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, 59 e ss..
286. MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Il Corr. Giur.*, 2009, 8, 1025.
287. MENGOSZI *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, 2009, cit., 69 ss..
288. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, 1927, 211 e ss..
289. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, 316 e ss, 319 e ss., e 382.
290. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1994, 204 e ss, 344 e ss., 364 e ss..
291. MINARDI, *Il processo sommario di cognizione*, in *Altalex.com*, 2009.
292. MONTELEONE, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Giust. Civ.*, 2001, 523 ss.;
293. MONTELEONE, *L'eccezione di cosa giudicata e l'opposizione all'esecuzione*, in *Riv. Esec. forz.*, 2003, 564 e ss..
294. MONTESANO - ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Torino, 1991, 36, 40.
295. MONTESANO - ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile. Principi generali. Rito ordinario di cognizione*, Padova, 2001, I, 187 ss., 348 e ss., 360, 361.



296. MONTESANO - ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile. Riti differenziati di cognizione*. Padova, 2002, II, 1112.
297. MONTESANO *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile in Studi in memoria di Salvatore Satta*, Padova, 1982, 234.
298. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2000, 929 e ss..
299. MONTESANO, *Le prove atipiche nelle presunzioni e negli argomenti del giudice civile*, in *Riv. dir. Proc.*, 1980, 236-237.
300. MONTESANO, *Su alcuni problemi del processo civile*, in *Temi*, 1967, 484.
301. MONTESANO, *Su proposte riforme della cassazione e dell'appello civili*, in *Riv. dir. Proc.*, 1991, 751.
302. MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile, II*, Torino, 1997, 60-61.
303. MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, 152, 183, 189, 192, 197, 200, 208, 270.
304. MORTARA *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, 234, 540 e ss..
305. NASI, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano;
306. ORIANI, in *Digesto, IV, Discipline privatistiche, Sezione civile, voce Eccezione, VII*, Torino, 1991, 262 e ss., 272 e ss., 300.
307. ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 14, 16 e ss., 24.
308. ORIANI, nota a Cass. 27 luglio 2005, n. 15661, in *Foro it.* 2005, I, 2659.
309. ORIANI, nota a Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Foro it.*, 2005, I, 2659.

310. ORIANI, voce *Eccezione*, *Aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 280;
311. ORIANI, *Voce nullità degli atti processuali*, *Enciclopedia Giuridica*, vol. XII, Roma, 1986, 11.
312. ORIANI, *La disciplina delle eccezioni nel processo civile*, in *Il nuovo processo civile e il giudice di pace*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della magistratura*, vol. I, 1997.
313. OTTONELLI, *Giustizia procedurale*, in *Ragion pratica*, 1996, 99 ss..
314. PAJARDI, *Della trattazione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di E. Allorio, II, Torino, 1980, 571.
315. PANZAROLA, in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile* [vol. 3.1], *Ricorso per Cassazione*, Padova, 2009, 318-327.
316. PANZAROLA, *Il principio di diritto e la decisione della causa nel merito in Cassazione*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 439 e ss..
317. PAPPALARDO, *La prima udienza di trattazione (Relazione tenuta nel corso dell'incontro di studio del C.S.M. in data 29-31 gennaio 1998 sul tema "Il punto sul nuovo rito civile ordinario")*, p.19 del dattiloscritto.
318. PARISI, *Cassazione, sostitutiva e questioni assorbite in appello: rimedio revocatorio?*, in *Corr. giur.*, 2004, 964 ss..
319. PEZZANO, in ANDRIOLI, BARONE, PEZZANO, PROTO PISANI, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1987, 263.
320. PICARDI, "*Audiat et altera pars*". *Le matrici storico culturali del contraddittorio*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2003, 7-22.
321. PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. Dir. proc.* 1998, 675.
322. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2008, 247.
323. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 5, 229-230.

324. PICARDI, voce *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enc. Dir. XXXV*, Milano, 1986, 110-115.
325. PICARDI,( a cura di), *Codice di procedura civile*, 3° ed., Milano, 2005, sub art. 375, spec, n. 3.3.
326. PINELLI, MOSCARINI, nota a C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3475.
327. PISANELLI, *Relazione al governo sul progetto del codice di procedura civile al senato del regno del 26 novembre 1863 in Gianziana, codice di procedura civile preceduto dalle relazioni ecc, IV TORINO 1889* n.38, p.21 ,
328. PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in CAPPONI - VERDE (a cura di), *Il nuovo art. 111 della Costituzione, Atti del convegno dell' Elba (9-10 giugno 2000)*, Milano, 2001, 55 ss., 62 ss., 66 e ss., 72.
329. PIZZORUSSO - PROTO PISANI, in *Foro it.*, 1987, V, 205 ss. e spec. 211, n. 9.
330. POLI, nota a *Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883*, in *Foro it.*, 2009,I, 806 ss..
331. PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, 182, 248 e ss, 305-306.
332. PROTO PISANI , *Il nuovo art. 111 della Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241-246.
333. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, 1973, 1046, 1086-1087.
334. PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, I, 265, 267 e ss..
335. PROTO PISANI, in ANDRIOLI, BARONE, PEZZANO, PROTO PISANI, *Le controversie in materia di lavoro*, Torino, 1987, 335, 663, 668 e ss., 711, 714.
336. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 119 e ss., 134, 137, 139-140, 167-168, 223, 226

337. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 221, 224
338. PROTO PISANI, *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, Torino, 1983, 129, 154.
339. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 99, 118-119 216 e ss..
340. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 90, 203.
341. PROTO PISANI, *Linee di una politica di pronto intervento nella giustizia civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 221;
342. PUTZO, *Zivilprozessordnung*, München, 1987, 563- 567.
343. RAWLS, *A theory of Justice*, Cambridge, Ma, 1971, trad. it. *Una teoria della giustizia*, a cura di SANTINI e MAFFETTONE, Milano, 2008, 96 e ss..
344. RAYNAUD, *L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction*, in *Mélanges Hébraud*, 1981, 917.
345. REDENTI, *Diritto processuale civile, II*, Milano, 1957, 6.
346. RICCI, *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 760 ss..
347. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. Proc.*, 1974, 382 e ss.;
348. RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, 21, 23.
349. RICCI, *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 750-752.
350. RICCI, *Le sezioni unite cancellano l' art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, in *Riv. Dir. Proc.* 2009, 1071.
351. RICCI, *L'esame d' ufficio degli impedimenti processuali nel giudizio di cassazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, 418.

352. RICCI, nota a Cass. 27 luglio 2005, n. 15661 in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 715.
353. RICCI, nota a Cass., 5 agosto 2005, n. 16577 in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 747 e ss..
354. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2001, 153 ss.;
355. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile, III*, Torino, 1966, 79.
356. ROHL *Procedural Justice: Introduction and Overview*, in ROHL e MACHURA (a cura di), *Procedural justice*, Singapore-Sydney, 1997, 1 ss..
357. RONCO, nota a Cass., 8 agosto 2002, n. 11937, in *Giur. it.*, 2003, . 1125.
358. ROSENBERG, *Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes im Zivilprozess*, in *ZZP, XL*, 1925, 38, 68.
359. ROSENBERG, *Zivilprozessrecht*, München, 1961, 296.
360. SABATO, *L'imparzialità del giudice civile alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in CIVININI - VERARDI (a cura di), *il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001, 167 ss..
361. SALAFIA, nota a Cass., sez. I, 14 marzo 2000, n. 2909, in *Giust. civ.*, 2000,I, 2645.
362. SANDULLI A. M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 198.
363. SANDULLI P., *I nuovi percorsi della tutela. Riflessioni in materia di processo civile*, Roma, 2006, 407.
364. SANDULLI P., *Il diritto alla tutela giurisdizionale alla luce della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948*, in *Riv. dir. Proc.*, 2009.
365. SANTANGELI, *Le udienze di trattazione della causa nel processo civile ordinario alla luce delle recenti riforme*, in *Judicium.it.*, 3 n.t. 21.

366. SASSANI – TISCINI, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, 'sub' art. 101, a cura di SASSANI - SALETTI, Torino, 2009.
367. SASSANI, A.D. 2009: *ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in *Judicium. it.*.
368. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 238-239.
369. SASSANI, in CONSOLO-LUIO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 168, 385-386.
370. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *www.judicium.it.*, nota 69 e par. 9.
371. SATTA, *Il mistero del processo* in *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1949, 280- 281.
372. SATTA, *Interpretazione di Calamandrei*, in SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 478 ss., spec. 483).
373. SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1992, 336;
374. SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 1043;
375. SCARSELLI, nota a Cass. 23 ottobre 1995, n. 11018, in *Foro it.*, 1996, I, 599
376. SCHNEIDER, *Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139)*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1968, 721;
377. SCIARABBA, *La «riapertura » del giudicato in seguito o sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giur. Cost.*, 2009, 513 ss.;
378. SEARLE, *Mind, Language and Society. Philosophy in the Real World*, New York, 1999, 137, 140,148,
379. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1980,23, 29, 65.
380. SOLUM, *Procedural Justice*, University of San Diego, 2004.
381. STEIN - JONAS, *sub § 139*, in *ZPO Kommentar, IVI*, Tübingen, 2008;

382. TARUFFO, *Contro la 'veriphobia'. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, 995 e ss..
383. TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 789 ss., 796 e ss..
384. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 315 e ss.;
385. TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice*, a cura di BESSONE, Torino 1997, 139.
386. TARUFFO, *Interrogatorio*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., IV*, Torino, 1993, 69.
387. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 82, ss., 97 ss..
388. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 33 e ss., 99 ss., 116 ss., 122 ss., 169 e ss., 196 ss., ss..
389. TARUFFO, *Le preclusioni nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. Proc.*, 1992, 296.
390. TARUFFO, *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 1993, 266.
391. TARUFFO, *Narrativas judiciales*, in *Revista de derecho*, 2007, 231 ss..
392. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 2006, 476.
393. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1973, 389 ss., 394, 397.
394. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 219 ss..
395. TARZIA, *L'art. III Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 10.
396. TARZIA, *Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1998, 666.

397. TARZIA, *Lineamenti del diritto processuale civile di cognizione*, a cura di DANOVI, Milano, 2007, 145 ss.;
398. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo civile di cognizione*, Milano, 1996, 85 e ss., 122, 163.
399. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo civile di cognizione*, Milano, 1991, 24, nt. 91.
400. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1987, 100, 105, 113, 128, 154, 141, 233.
401. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008, 158 e ss..
402. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967, 153;
403. TOMMASINI, nota a Cass. 28 gennaio 2004, n. 1572 in *Dir. e giur. Agr.*, 2005, 358.
404. TRISORIO-LIUZZI, *L' accertamento pregiudiziale dei contratti collettivi dal Dlgs 80/1998 al Dlgs 40/2006*, in *Judicium.it.*.
405. TROCKER, *Il nuovo art.111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in CAPPONI, VERDE (a cura di), *Il nuovo art.111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile*, Napoli, 2002, 33 e ss..
406. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, 965 e ss..
407. TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in *Atti del convegno dell' Elba (9-10 giugno 2000)*, Milano, 2001, 36 e ss., 45, 49.
408. TROCKER, *Processo civile e Costituzione, Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, 169-179, 367 ss., 451-453, 499-505, 637 e ss., 674-684.
409. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. Pen.*, 2005, 1092;



410. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2098 ss.;
411. VACCARELLA, in VACCARELLA, CAPPONI, CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 317.
412. VACCARELLA, *Interrogatorio delle parti*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 353, 394, 397.
413. VALLEBONA *La nomofilachia accelerata della Cassazione sui contratti collettivi nazionali*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 10 2006, 725,
414. VALLEBONA, nota a Cass. Sez. Un. 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Dir. Lav.* 1999, I, 577.
415. VECA, *La bellezza e gli oppressi. Dieci lezioni sull'idea di giustizia*, Milano 2002, 35 e ss., 49 ss.
416. VECA, *Sull'idea di giustizia procedurale minima*, in *Riv. di fil.*, 2001, 231.
417. VELLANI, *Le preclusioni nella fase introduttiva del processo ordinario*, in *Riv. Trim. dir. proc.*, 2008, 153.
418. VERARDI, *Articolo 111 della Costituzione e tempi del processo civile*, in *Atti del convegno dell' Elba (9-10 giugno 2000)*, Milano, 2001, 113.
419. VERDE - DI NANNI, *Codice di procedura civile*, Torino, 1993, 87, 162.
420. VERDE, *Diritto processuale civile, I*, Bologna, 2010, 101.
421. VERDE, in *Enc. Giur.*, voce *Domanda (principio della)*, XI, Roma, 1989, 7.
422. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro*, in *Riv. dir. Proc.*, 1977, 220-255.
423. VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 1996, II, 371
424. VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, I, 2002, 305.
425. VERDE, voce *Prova: I) Prova in generale: b) Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano 1988, 591.

426. VIAZZI, *La riforma del processo civile e alcune prassi giurisprudenziali in materia di prove: un nodo irrisolto*, in *Foro it.*, 1994,V, 106 e ss.
427. VIAZZI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo civile*, in *Questione Giustizia*, 1996, 109, 110.
428. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. III cost.*, in *Riv. Trim. dir. Proc.*, 2003, 1185, 1193.
429. VIOLA, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione, 2010*, in *Filodiritto.com*.
430. VOCINO-VERDE, *Appunti sul processo del lavoro*, Napoli, 1986, 87-88, 91.
431. VOLPINO, nota a Cass., sez. un., 9 agosto 2001, n. 10977, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2002, II, 266 ss.
432. ZECCA, nota a Cass. Civ. 8 novembre 1991, n. 11915, in *Riv. crit. dir. lav.* 1992,737.
433. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, München, 1968, 249.